

جــامــعــة قاصدي مرباح ورقـــــلة
كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية
قسم العلوم القانونية والإدارية

رقم الترتيب:
رقم التسلسل:

مذكـرة

مقدمة لنيل شهادة الماجستيرفرع حقوق
تخصص: قـــانون خاص

تحت عنوان:

المسؤولية المدنية
في حالة قطع المفاوضات

نوقشت بتاريخ: 2006/09/19

من إعـداد الطالبة :
بن أحـمد صليحة

تـحـت إشـراف :
الدكتور: نصرالدين سمار

أمام لجنة مناقشة مكونة من السادة :

الدكتور: رشيد بن شويـــخ	أستاذ محاضر بجامعة البليدة	رئيسا
الدكتور: نصر الدين ســــمار	أستاذ محاضر بجامعة جيجل	مقررا
الدكتور: الـعـيـد حـــداد	أستاذ محاضر بجامعة البليدة	عضوا
الدكتور: عـمـر بـلـمـامي	أستاذ محاضر بجامعة سطيف	عضوا

الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى الوالدين العزيزين أطال الله في عمرهما و إلى كل أفراد عائلتي صغيرا وكبيرا.

إلى كل من ساهم في تعليمي وتكويني القانوني.

إلى كل من ساعدني في انجاز هذا البحث من قريب أومن بعيد .

الشكر

الحمد و الشكر لله المولى عز وجل الذي وفقني في انجاز هذا البحث المتواضع.

كما أتــقـدم بالــشــكـر إلى كل طاقم إدارة جامعة ورقلة وعلى رأسه مدير الجامعة و الأستــاذ الــفـاضـل: جـمـال الـدين يـدر.
كما أتوجه بـجـزيـل الشكر إلى الأستاذ المشرف الدكتور: سمار نصر الدين على تقديمه يد العون لي من اجل إتـمام هذا البحث كما لا أنسى أن اشكر عـمـال مـكـتـبـة كـلـيـة الـحقوق والـعلوم الاقتصادية بورقـــلة وكذا جميع موظفي مكتبة جامعة العلوم الـقـانـونـيـة والسياسية بـتـونـس III.
و أخيرا أتقدم بالشكر لكـل مـن ساعدني مـن قـريـب أو من بــعـيـد فـي انجاز هـذا البحث .

قال الله تعالى :

♥ وقل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون وستردون إلى عالم الغيب والشهادة فينبئكم بما كنتم تعملون ♦

ω

سورة التوبة الآية : 105.

المقدمة

لقد اهتم الفقه بدارسة نظرية العقد و أعطى لها أهمية خاصة مقارنة بغيرها من النظريات الأخرى في القانون المدني، وذلك للدور الذي يقوم به العقد في حياتنا اليومية، فهو الأساس الذي تقوم عليه المعاملات المالية في المجتمع سواء على المستوى المحلي أو الدولي.

ويعتبر العقد الوسيلة القانونية التي يلجا إليها الأشخاص من أجل تنظيم العلاقات فيما بينهم ، حيث يحددون من خلاله الحقوق والالتزامات.

ولهذا أصبح العقد يحتل مكان الصدارة في التقنيات الحديثة، ولقد عنى المشرع الجزائري بتنظيم أحكامه وجعله المصدر الثاني للالتزام بعد القانون، وبالتالي كان لابد من دراسة العقد في جميع مراحله خاصة المرحلة التي تسبق إبرامه وذلك لكونها المرحلة التي يتم فيها بناء العقد وتكوينه.

فإذا كان في ما مضى العقد يتم بمجرد التعبير عن إرادتين متطابقتين أي الاقتران الفوري للقبول بالإيجاب، بمعنى إبرام العقد في مدة وجيزة،لكن في الواقع هذه الطريقة البسيطة في التعاقد وان كانت تتناسب مع طائفة من العقود البسيطة والمألوفة في الحياة اليومية، إلا أنها لم تعد تتناسب مع العقود ذات التعقيد الفني والمالي والقانوني التي افرزها العصر الحديث فقد شهد عصرنا الحالي العديد من التطورات الاقتصادية والتكنولوجية والتي أثرت بشكل كبير على بنيان العقد، فظهرت طائفة من العقود تتصف بالتركيب والتعقيد لأنها ترد على مشروعات عملاقة، تقوم بها عادة شركات كبرى متعددة الجنسيات ومليئة بالتعقيدات الفنية والمالية والقانونية .

ولهذا فانه من غير الممكن إبرام مثل هذه العقود عن طريق التبادل الحينى للإيجاب والقبول وأصبح من الضروري أن تسبق إبرامها مرحلة من المفاوضات التي تستغرق في كثير من الأحيان وقتا طويلا، يتم من خلالها مناقشة وتحديد شروط العقد ودراسة جدواه الاقتصادية والفنية وبالتالي أصبح ينظر للإيجاب والقبول بأنهما محصلة النهائية لتفاوض.

وهكذا فان ثمة مرحلة أولية تسبق إبرام العقد وتمهد له في كثير من الحالات ألا وهي مرحلة المفاوضات.

وتعتبر مرحلة التفاوض على العقد من أهم مراحله، بل و أكثرها خطورة، فمن خلالها يتم الإعداد والتحضير للعقد محل التفاوض و ذلك بالوقوف على جميع جوانبه الفنية والمالية والقانونية وتسليط الضوء على الصعوبات المتوقعة أثناء تنفيذه والعمل على إيجاد حلول مناسبة لها، إضافة إلى ذلك يتم خلال مرحلة التفاوض التعرف على المتعاقد الآخر والتأكد من مدى قدرته المالية و كفاءته الفنية كما يتم خلال هذه المرحلة تحديد حقوق والتزامات الطرفين التي ستنشئ عن العقد و نطاق المسؤولية المترتبة على الإخلال بهذه الالتزامات وتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، إذا كان هذا الأخير ذا طابع دولي وتحديد وسائل تسوية المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين في المستقبل.

أهمية الموضوع :

تتجلى أهمية هذا البحث من أربعة جوانب :

الجانب الأول: يتمثل في انه رغم أهمية موضوع التفاوض لا سيما في مجال التجارة الدولية، إلا أننا لا حظنا أن هناك قلة من فقهاء القانون المقارن الذين تناولوا هذا الموضوع، أما الفقه العربي بصفة عامة لم يتناول مرحلة التفاوض على رغم أهميتها وما تخلفه من أوضاع وما ترتبه من التزامات فالمؤلفات الخاصة بالعقود والالتزامات تكاد تخلو منها، إلا بعض الأبحاث المتخصصة التي لم تظهر إلا في منتصف العقد الأخير من القرن الماضي، من ثم يمكن القول أن أهمية دراسة موضوع المسؤولية المدنية في حالة قطع المفاوضات تكمن في تسليط الضوء على مرحلة المفاوضات والمسؤولية التي يمكن أن تنشأ في هذه المرحلة.

الجانب الثاني: يتعلق بأن مرحلة المفاوضات هي مرحلة وقائية بالنسبة لطرفي التفاوض فالمفاوضات تمنح لأطرافها فرصة الاطلاع على شروط العقد والتأكد من مدى توافق هذه الشروط مع مصالحهم، فإما أن يقررا إبرام العقد أو عدم إبرامه و ذلك تفاديا لإبرام عقد قد يكون مصدرا للمنازعات في المستقبل.

فقرار المتفاوضين بإبرام أو عدم إبرام العقد محل التفاوض يصدر عن إرادة حرة وواعية وسليمة فالمعروف أنه في مرحلة التفاوض تلقى على عاتق أطراف التفاوض مجموعة من الالتزامات كالالتزام بالتفاوض بحسن نية والالتزام بالإعلام فمرحلة المفاوضات جاءت لسد النقص الذي شاب نظرية عيوب الإرادة، فعلى الرغم من أهمية هذه الأخيرة وضرورتها لحماية رضا المتعاقدين إلا أنها تبدو عاجزة عن إسداء هذه الحماية في كثير من الحالات .

الجانـــب الثالث: يتمثل في أهمية التفاوض في عصرنا الحديث وخصوصا مع ظهور العقود الكبيرة ذات قيمة مالية مهمة التي تحتاج في تنفيذها إلى سنوات و تحفها المخاطر من كل جهة ، كما هو الحال في العقود المتعلقة بإنشاء المصانع أو بالإنتاج المشترك للطائرات و السيارات و اندماج الشركات فمثل هذه العقود لا يمكن إبرامها بإيجاب و قبول لحظيان و إنما تحتاج إلى مفاوضات تسبق إبرامها.

الجانـــب الرابع: ويتعلق بالدافع الذي حفزنا على دراسة موضوع المسؤولية المدنية في حالة قطع المفاوضات وهو للوقوف على كافة جوانبه القانونية و التطبيقية وذلك من خلال تحديد معنى التفاوض والتعرف على طبيعة العلاقة بين الطرفين المتفاوضين ومدى ما ينشأ بينهما من التزامات ونوع ونطاق المسؤولية التي تترتب عن قطع المفاوضات حيث إن مشكل قطع المفاوضات هو الذي أعطى أهمية لموضوع التفاوض و لفت انتباه فقهاء القانون المقارن بدراسة مرحلة المفاوضات.

إشكالية البحث :

إن قطع التفاوض يعد من أكثر المشاكل العملية التي تحدث أثناء مرحلة المفاوضات .

والواقع أن منشأ هذا المشكل يأتي من أن مبدأ المسؤولية يصطدم مع مبدأ أخر لا يقل أهمية هو مبدأ حرية التعاقد فإذا كان مبدأ المسؤولية يقوم على أساس تحقيق العدالة فان مبدأ الحرية يقوم على أساس حرية التعاقد و عدم إجبار الفرد أن يدخل في علاقة تعاقدية أو يجبر على القيام بالتزامات غير التي أرادها ومن نتائج هذا المبدأ هو ازدهار واستقرار المعاملات و هذا ما تقتضه النظم الاقتصادية.

لكن الإعمال المطلق لهذا المبدأ سينتج عنه رفض أي تدخل قانوني في العلاقة بين أطراف التفاوض بحيث يكون لكل منهما الحق في قطع المفاوضات دون أن يتعرض لأية مسؤولية أيا كان الضرر الذي أصاب الطرف الآخر و هذا يتنافى مع مبادئ العدالة وما يقتضيه مبدأ حسن النية من ضـــرورة مراعاة الأمانة و الثقة بين الطرفيـــن المتفاوضيـــن

وعليه كان من الضروري تدخل القانون لتنظيم مرحلة التفاوض من جميع جوانبها لكن تبقى مشكلة قائمة تكمن فيما هو الأساس الذي يبنى عليه هذا التدخل ؟ وما هو نوع المسؤولية المترتبة عن قطع المفاوضات هل هي مسؤولية تقصيرية أم عقدية ؟ و ما هي شروط قيام هذه المسؤولية وآثارها ؟ مع العلم أن المشرع الجزائري كجل التشريعات لم ينظم مرحلة التفاوض والمسؤولية الناشئة في هذه المرحلة وإنما ترك هذه المسالة لاجتهاد الفقه والقضاء وعليه سنبحث خلال هذه الدراسة في وجهة نظر القانون و الفقه المقارن في هذه المسالة.

نطاق الدراسة :

تستهدف هده الدراسة في الأساس بحث المرحلة ما قبل العقدية التي يتم فيها التفاوض على العقد تمهيدا لإبرامه وهي المرحلة التي يتم فيها مناقشة و تحديد شروط العقد المرتقب من جانب الطرفين وتنتهي هذه المرحلة بصدور الإيجاب البات بالعقد.

ولذلك نستبعد من نطاق دراستنا تلك المفاوضات التي يكون هدفها مجرد استطلاع كل طرف لوجهة النظر العامة للطرف الآخر حول إمكان التعاقد أو مجرد دراسة الجدوى الاقتصادية للعقد دون أن يكون الهدف منها إبرام العقد حيث انه مثل هذه المفاوضات لا تنشئ التزاما على أيها بالاستمرار في التفاوض أي لا ترتب آثار قانونية، فالمفاوضات محل دراستنا موضوعها إبرام العقد وهي وحدها التي ترتب آثار قانونية لفترة ما قبل التعاقد من حيث اعتبارها يترتب عليها التزامات.

وإذا كنا سنتناول الصور المختلفة للاتفاقات التمهيدية التي تتخلل سير المفاوضات، فإننا نستبعد من بينها الوعد بالتعاقد إذا أن هذا الأخير يأتي دائما بعد انتهاء المفاوضات والاتفاق على جميع المسائل الجوهرية للعقد بحيث لا يبقى لانعقاد العقد النهائي سوى أن يظهر الموعود له رغبته في التعاقد في المدة المتفق عليها فالوعد خطوة إلى العقد مباشرة، حال أن التفاوض هو خطوة إلى الإيجاب .

منهـــج البحث :

في سبيل الإحاطة بالإشكالية اعتمدنا على تأصيل المشكل محل الدراسة وذلك بالرجوع إلى موقف الفقه والقضاء، كما اعتمدنا على المنهج التحليلي وذلك بتحليل المشكل على نحو يبرز مفهومه وأهميته وتمييزه عن غيره من المفاهيم القريبة منه وشروط نشوء المسؤولية في حالة قطع المفاوضات وأثارها .

كما دعمنا دراستنا ببيان موقف القانون الجزائري من المسؤولية المدنية الناشئة عن قطع المفاوضات موضوع هذه الدراسة وكذا معرفة موقف القانون المقارن من هذا المشكل وذلك بالرجوع إلى موقف القانون الفرنسي وغيره من القوانين الهامة كما أننا لن نغفل عن موقف المشرع الإسلامي وإنما سنعمد إلى بيانه كلما دعت حاجة البحث إلى ذلك كما أن لهذه المقارنة وجه آخر من الأهمية إذا أن المفاوضات التي تثار المنازعات بشأنها أمام القضاء أو هيئات التحكيم هي غالبا مفاوضات ذات طابع دولي فيكون من المفيد معرفة الحلول المختلفة بشان القانون الواجب التطبيق في حالة وقوع نزاع بشأنها.

واعتمدنا في هذه الدراسة على الاستنباط وذلك بعرض المشكل محل الدراسة ثم نعرض الحلول المختلفة التي طرحت بشأنه ، حيث نستخلص هذا الحل من القواعد العامة نظرا لعدم وجود نصوص خاصة بشان تنظيم مرحلة المفاوضات والمسؤولية التي ترتب عن قطعها.

خــطة البحث :

لقد انطلقنا في اختيارنا لخطة البحث بتسليط الضوء على موضوع دراستنا والمتمثل في المسؤولية المدنية في حالة قطع المفاوضات وعلى هذا الأساس قسمنا البحث إلى فصلين أساسين ، فيدخل ضمن الفصل الأول المتمثل في: تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية الناشئة عن قطع المفاوضات، تحديد مفهوم التفاوض، وما المقصود بقطع المفاوضات وصوره، كما تطرقنا إلى تأصيل الطبيعة القانونية للمسؤولية الناشئة عن قطع المفاوضات وذلك باستعراض موقف الفقه والقضاء.

أما في الفصل الثاني والمتمثل في: النظام القانوني للمسؤولية المدنية الناشئة عن قطع المفاوضات و تطرقنا فيه إلى شروط قيام هذه المسؤولية وآثارها وعليه قسم البحث على النحو التالي :

الفصل الأول : الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية الناشئة عن قطع المفاوضات.

الفصل الثاني : النظام القانوني للمسؤولية المدنية الناشئة عن قطع المفاوضات.

الصعوبات :

حبذنا ذكر بعض الصعوبات التي واجهتنا أثناء إنجاز هذا البحث وهذا لندلل على ما قد ترونه قصورا في بحثنا، ويمكن تلخيص أهم هذه الصعوبات في التالي :

– قلة المراجع المتخصصة في موضوع دراستنا وفي حقيقة الأمر يرجع ذلك إلى أن اهتمام الفقه بموضوع التفاوض كمرحلة ممهدة لإبرام العقد لم يظهر إلا حديثا هذا من جهة، ومن جهة أخرى لاحظنا عدم اهتمام الفقه العربي بالموضوع محل الدراسة إلا في منتصف العقد الأخير من القرن الماضي، فالمؤلفات التي تناولت مرحلة المفاوضات تعد على أصابع اليد .

– ندرة الكتب المتعلقة بموضوع دراستنا في المكتبات الوطنية .

– إن المشرع الجزائري لم ينظم مرحلة المفاوضات والمسؤولية الناشئة عن قطعها مع غياب الاجتهادات القضائية بخصوص موضوع التفاوض والمشكلات الناتجة عن قطعه.

الفصل الأول

الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية الناشئة عن قطع المفاوضات

إن فكرة التفاوض على العقد تعد فكرة حديثة نسبيا فهي لم تكن محل اهتمام الفقهاء الا في بداية القرن الماضي، حيث شهد العالم تطورات متلاحقة خصوصا في ظل الثورة الصناعية الأولى والثانية، فاخترعت السيارة والطائرة واكتشفت مصادر جديدة للطاقة هي البترول والكهرباء والبخار، كما تم استخدام الطاقة الذرية في مجال الصناعات والنقل وغيرها. ومع نهاية القرن العشرين « فإن ثورة صناعية جديدة قدوقعت هي الثورة الصناعية الثالثة وهي ثورة في التكنولوجيا والمعلوماتية » [1]. ولا شك أن هذا التطور في مجال الصناعة أحدث تغيرات جديدة في المجتمع في كافة جوانبه الإقتصادية والإجتماعية والسياسية. فأصبح من الضروري اللجوء إلى تقنية التفاوض باعتباره ممهدا لإبرام العقد ويلعب دورا وقائيا بالنسبة لطرفيه سواء اسفرت المفاوضات عن ابرام العقد أو عن عدم ابرامه، فالمفاوضات الجيدة تكون خير ضمان لقيام عقد جيد لا يعتريه نقص أو غموض ولا تثور بشأنه أية منازعات في المستقبل كما أن فشل المفاوضات بعد أن تبين لكل طرف حقيقة الصعوبات القائمة خير من ابرام عقد ردئ، لذا يرى بعض الفقه أن « إنهاء التفاوض خير من إنهاء العقد » [2]، أو بعبارة أخرى مفاوضات فاشلة خير من عقد فاشل.

وبما أن مرحلة التفاوض مرحلة ما قبل عقدية، فأطراف التفاوض يحكمهم مبدأ حرية التعـــاقد فهم أحرارا في التفاوض وغير مقيدين بأي التزام هذا من جهة ومن جهة أخرى غياب التشريعات أو القوانين التي تنظم هذه المرحلة وهنا يطرح إشكالا حول الطبيعة القانونية للمفاوضات وذلك لكون مشكل قطع المفاوضات كثيرا الوقــوع في الحياة العمليـــة،

---

1) رجب كريم عبداللاه، التفاوض على العقد، (دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 24.

2) محمد حسين عبدالعال، التنظيم الإتفاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 12.

وحسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام، (المصادر الإرادية للالتزام)، المجلد الأول، ط3،(د.ن)، القاهرة، 2000 ، ص 96.

لذا ثار جدل فقهي كبير حول الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية الناشئة عن قطع المفاوضات، فرغم اتفاقهم حول قيام المسؤولية المدنية في حالة قطع المفاوضات، إلا أنهم اختلفوا في تحديد نوع هذه المسؤولية هل هي تقصيرية أم عقدية، ولذا فإننا سنتطرق في هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث هي :

المبحث الأول : ماهية قطع المفاوضات

المبحث الثاني : موقف الفقه التقليدي في تأصيل الطبيعة القانونية للمسؤولية الناشئة عن قطع المفاوضات.

المبحث الثالث : موقف الفقه والقضاء المعاصرين في تاصيل الطبيعة القانونية للمسؤولية الناشئة عن قطع المفاوضات.

المبحث الأول

ماهية قطع المفاوضات

إن سير عملية المفاوضات تخضع لمبدئين متناقضين هما مبدأ الحرية (La Liberté) ومبدأ الالتزام (l'Obligation).[1]

فالتفاوض إما أن يكلل بالنجاح وبالتالي إبرام العقد، وأما بفشل التفاوض (l'Echec des négociations)، ومن أسباب فشل التفاوض هو قيام أحد طرفيه بالإنسحاب منه بغض النظر عن كون هذا الإنسحاب مبرر أو غير مبرر فإنه يعد قطعا للمفاوضات. ولقد اتفق الفقه والقضاء على أن قطع المفاوضات يجب أن يخضع إلى جزاء عندما يحدث ضررا لأحد الطرفين " ويمكن للطرف المتضرر طلب تعويض "[2]. وهذا ما ولد ما يسمى بالمسؤولية ما قبل عقدية(La responsabilité pré- contractuelle) ولذا سنتناول في هذا المبحث :

المطلب الأول: المقصود بالتفاوض على العقد.

المطلب الثاني: الدعوة إلى التفاوض.

المطلب الثالث: القطع أهم صورة لفشل التفاوض.

المطلب الأول

المقصود بالتفاوض على العقد

لمعرفة الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية الناشئة عن قطع المفاوضات لابد أن نضبط أولا ماهية التفاوض على العقد وثانيا تحديد طبيعته القانونية وذلك باستعراض موقف الفقه والقضاء في هذه المسألة.

---

1) B. BEIGNIER, La conduite des Négociations. RTD. Com.1998 p 464..
2) A. COHERIER, Des Obligations naissant des pourparlers préalables à la formation de contrats Thèse pour le Doctorat en droit, Imprimerie les presses modernes, Paris, 1939, p 75–78

أولا : تعريف التفاوض :

جرت العادة على أن يتخذ التفاوض بعد سياسيا باعتباره مصطلحا متداولا بكثرة في الوسط السياسي، لكن هذا لا يمنع من أن التفاوض يفرض نفسه في جميع المجالات. إذن وقبل التطرق لمعنى التفاوض في الإصطلاح القانوني يحسن بنا بيان المعنى اللغوي للتفاوض.

إن معنى المفاوضة في اللغة العربية : هي المساواة والمشاركة، فاوضه في أمره أي جاراه، وتفاوضوا الحديث أخذوا فيه وتفاوض القوم في الأمر أي فاوض فيه بعضهم بعض، وفي حديث معاوية قال لدغفل بن حنظلة : بم ضبطت ما أرى ؟ قال : بمفاوضة العلماء، قال وما مفاوضة العلماء ؟ قال :كنت إذا لقيت عالما أخذت ما عنده وأعطيته ما عندي (1).

أما أصل كلمة التفاوض في اللغة اللاتينية (Négociatio) و يرادفها في اللغة الفرنسية كلمة (Négociation) وهي تتضمن سلسلة من المحادثات وتبادل وجهات النظر بين الطرفين بهدف الوصول إلى إتفاق.(2)، وقد أصبح التفاوض علما قائما بذاته له أصوله وقواعده ومناهجه باعتباره من العلوم الإجتماعية مرتبط مع غيره من العلوم الإنسانية وقد صدرت بشأنه عدة مؤلفات (3).

أما بالنسبة لمفهوم التفاوض في الإصطلاح القانوني، فثمة عدة محاولات من جانب الفقه لضبط تعريف للتفاوض.

فالعميد Carbonier : يعرف التفاوض بأنه « تلك المرحلة التمهيدية التي يتم فيها دراسة ومناقشة شروط العقد وفي هذه المرحلة لا يكون العقد قد تم بل ليس هناك إيجاب بالعقد تم قبوله وإنما هناك فحسب عروض وعروض مضادة » (4).

---

1) رجب كريم عبداللاه ، المرجع السابق، ص 62 وما يليها.

2) LAROUSSE, 1986, p534.

3) جيرارد إ. نيرنبرج أسس التفاوض، ترجمة حازم عبدالرحمن، المكتبة الأكاديمية ، القاهرة، 1998.

و نادر أبوشيخة، أصول التفاوض، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، الأردن، 1997.

et B. MISSRAND La négociation, le guide de gestionnaire, ed, Chihab, Alger, 1995.

et J. ROJOT , La Gestion de la négociation, RTD. Com, 1998, p 447- 462.

4) رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص 62.

وعرفه Cedras من أنه إجراء محادثات من أجل التوصل إلى اتفاق [1].

أما البروفيسور Le Tourneau إعتبر أن التفاوض يتضمن اقتراحات واقتراحات مضادة، فيها يكون الإنفتاح والإنسحاب وفترات ترتفع الهمة وأخرى تفتر فيها الهمة لذا فإنه اعتبر أن التفاوض يمثل اللعبة بإمتياز (Jeu par Excellence) [2].

أما بالنسبة للفقهاء المشارقة فقد عرف الدكتور محمد ابراهيم دسوقي التفاوض بأنه « يسفر عن وضع ملامح محددة للعقد الذي يرمي المتعاقدان إلى توقيعه » [3].

أما الدكتور محمد علي جود اعتبر ان المفاوضات هي « حوار يجري بين متعاقدين احتماليين من أجل البحث عن إمكانية إيجاد توافق الإرادات تجاه الحقوق والالتزامات التي تمثل محل العقد » [4].

كما عرفه الدكتور حسام الدين كامل الأهواني بأنه « تبادل الإقتراحات والمساومات والمكاتبات والتقارير والدراسات الفنية بل والإستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفــاوض ليكون كل منهما على بينة من أفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف » [5].

ويمكن من خلال هذه المفاهيم أن نقترح تعريفا للتفاوض فهو وسيلة يلتجئ إليها كل من يرغب في التعاقد ويتم بإلتقاء بين شخصين أو أكثر بطريق مباشر أو غير مباشر بغرض تبادل الإقتراحات والعروض وبذل المساعي المشتركة بهدف التوصل إلى تصور مشترك حول عقد معين تمهيدا لإبرامه في المستقبل، إذ يمكن من خلال هذا التعريف أن نبرز أهم خصائص التفاوض :

1) J. CEDRAS, l'Obligation de négocier, RTD. Com.1985, p 265.
2) Ph. LE TOURNEAU, La Rupture des Négociations, RTD. Com.1998, p 479.
3) محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، ص30
4) محمد علي جواد، العقود الدولية (مفاوضاتها، ابرامها، تنفيذها)، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1997، ص45.
5) حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق ، ص 97.

ــ فالتفاوض على العقد ثنائي الجانب على الأقل فهو لا يتحقق إلا بحدوث نوع من الإتصال بين شخصين أو أكثر، فالتفاوض يقوم على التفاعل والتعاون والمشاركة، فإذا كان من الممكن التصور حدوث تعاقد مع النفس (Contrat avec soi même) أي أن يقوم شخص بإبرام العقد عن طريق تبادل الإيجاب والقبول مع نفسه نيابة عن الطرفين أو أصيلا عن نفسه ونيابة عن أحد الطــرفين(1) فإنه لا يمكن تصور حدوث تفاوض مع النفس (Négociation avec soi même) فالتفاوض يقوم على أساس التقريب بين وجهات النظر المختلفة والتوفيق بين المصالح المتعارضة للأطراف.

ــ التفاوض على العقد تصرف إرادي لا مجال فيه للإجبار أوالإكراه فالتفاوض لا يحدث إلا عندما تتجه إرادة الطرفين إلى الدخول في التفاوض بهدف إبرام عقد معين.

ــ كما أن التفاوض يتم باتفاق الطرفين سواء كان هذا الإتفاق صريحا أو ضمنيا، مكتوبا أو شفويا، فالحقيقة التي لا لبس فيها أن التفاوض لا يتم بالصدفة، فهو يختلف عن الأعمال التي تقوم فجأة مثال ذلك حوادث الطريق، كشخص الذي يصدم بسيارته أحد المارة لم تكن بينه وبين المصاب أية علاقة من قبل ودون أن تكون لإرادتهما أي دخل فيما حدث.

ــ الخاصية الأخرى للتفاوض أن مرحلة التفاوض يهيمن عليها مبدأ حرية التعاقد، فالتفاوض إما أن يكلل بالنجاح ويبرم العقد أو أن ينتهي بالفشل وعدم إبرام العقد، ولذا فإن أصل كلمة " يفاوض" في اللاتينية أي (Négotitume) وهي تتكون من مقطعين، المقطع الأول هو (Neg) معناه (عدم) ومقطع (Otitum) معناه (الراحة) أي أن المتفاوض يكون على غير راحة حتى يصل إلى اتفاق(2)، وهذا ما يفسر لجوء المتفاوضين إلى إفراغ اتفاقهما أثناء مرحلة التفاوض في محرر مكتوب.

ــ أما الخاصية الأساسية التي تميز التفاوض على العقد، إن التفاوض يعتبر مرحلة تمهد لإبرام العقد، ويجوز القول أن التفاوض يمثل المرحلة الجنينية للعقد (La période embryonnaire du contrat).

---

1) محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، ج1، (مصادر الالتزام ــ التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة)، الطبعة الأولى، دار الهدى، عين مليلة، 1993/1992، ص153.

- P. GUIHO, G. PEYRARD, Droit Civil, 4 Les Obligations, T1, les sources, 3ème édit., l'HERMES, Lyon, 1991, p 58.

2) رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص 70.

والجدير بالذكر أن التفاوض لا يتعلق بجميع أنواع العقود، فهناك عقود لا تستوجب مرحلة تفاوض سابقة لإبرامها، حيث يتم من خلالها التلاقي الحيني بين الإيجاب والقبول، فهي على حد تعبير أحد الفقهاء من فئة العقود التي تبرم من أول نظرة (Des contrats coup de foudre)[1]. وأشهرها تلك العقود المتداولة في الحياة اليومية[2] ومن أمثلتها كشراء الخبز أو جريدة.

كما أن هناك عقود لا تسمح بطبيعتها بالتفاوض، أي أن التفاوض بشأنها مستبعد تماما.[3] لأن تحديد شروط العقد فيها خاضع إلى مطلق إرادة أحد الطرفين ولا يسع للمتعاقد الآخر إلا الإذعان لبنود العقد وقد اصطلح الفقه على تسميتها « بعقود الإذعان »[4].

فحسب رأي الدكتور محمد حسين عبدالعال « إن عدم التفاوض في هذه العقود يكمن في الحظر الذي يفرضه أحد المتعاقدين على الآخر، ذلك الحظر الذي يؤدي إلى إذعان المتعاقد، ولذا فإن مراعاة الدقة تقتضي القول بأن الإذعان ليس دائما وليد لإنعدام المفاوضات وإنما هو كنتيجة لحظرها » [5].

وقد تطرق المشرع الجزائري في القانون المدني إلى عقود الإذعان في المادة 70[6]، وهذا يتطابق مع المفهوم الوارد في نص المادة 3/4 من القانون رقم 02/04 المؤرخ في 04/07/23 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية والتي تعرف العقد بأنه « كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الإتفاق مع اذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه » .

---

1) J..M. MOUSSERON, La durée dans la formation du contrat, Mélanges Jauffret, L.G.D.J paris, 1974, p509.

2) F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, Droit civil, les obligations, 8è ed, Daloz, paris, 2002, P 81.

3) C.LARROUMET, Droit Civil, les obligations, le contrat, T3, Economia, 3ème édit, Paris,1996, p 44.

4) أنظر: عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج1، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان 1952، ص 229.

وحول مفهوم الإذعان أنظر: فاطمة نساخ، مفهوم الإذعان، بحث لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، غير منشورة، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، إبن عكنون، الجزائر، 1997 / 1998 .

5) محمد حسين عبدالعال، المرجع السابق، ص 21.

6) تنص المادة 70 « يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها » .

كما أن هذا القانون ذهب إلى أكثر من ذلك فقد نصت المادة 2/15 منه على منع رفض التعاقد إذ تنص على أنه « تعتبر كل سلعة معروضة على نظر الجمهور معروضة للبيع ويمنع رفض بيع سلعة أو تأدية خدمة بدون مبرر شرعي إذا كانت هذه السلعة معروضة للبيع أو كانت خدمة متوفرة به ».

إضافة إلى عقود الإذعان التي لا تقبل التفاوض بشأنها، فهناك طائفة من العقود النموذجية التي ترتكز في مجموعها على بؤرة واحدة مفادها أن الشروط الواردة في العقد تصاغ وتميل دوما إلى مصلحة الطرف القوي وما على الطرف الضعيف إلى القبول[1].

لكن هذا لا يمنع من أن للتفاوض أهمية حيث أن الظروف الإقتصادية وما صاحبها من متغيرات وخصوصا وأن واقع الحال فرض تداول عقود ذات قيمة مالية كبيرة لم تعد تلائمها الطريقة الكلاسيكية في التعاقد والتي تتم عن طريق التبادل الحيني للإيجاب والقبول فقد أصبحت هذه الطريقة غير قادرة على مواجهة مقتضيات التجارة الدولية ووسائل التسويق الحديثة، التي تتطلب إبرام عقود ذات قيمة اقتصادية كبيرة ونظرا لأهمية هذه العقود يفضل أطرافها الدخول بشأنها في مفاوضات عادة ما تستغرق وقتا طويلا، فهي عقود يتم تكوينها على مراحل متباعدة وفق سير مرحلي تتخلله اتفاقات تمهيدية للوصول إلى اتفاق نهائي ولذا أطلق عليها الفقهاء الفرنسيون مصطلح العقود ذات التكوين المستمر (Les contrats à formation successive) قياسا بالعقود ذات التنفيذ المستمر (Les contrats à exécution successive)[2].

حيث " أن إرادة الأطراف لم تتحدد نهائيا ولم تتجه إلى التراضي، لذلك تدفعهم الرغبة في الإطلاع على شروط العقد وآفاق تنفيذه "[3].

فأثناء التفاوض يتم تحديد لأهم ومعظم التزامات وحقوق طرفي العقد المرتقب مثل : " تحديد موضوع العقد، المدة التي يدخل فيها حيز التنفيذ، المسؤولية، القوة القاهرة، العقوبات والقانون المطبق في حالة وجود نزاع ... الخ "[4].

---

1) لمزيد من التفصيل أنظر : أحمد عبدالرحمن الملحم، نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها، (دراسة تحليلية مقارنة في الفقه والقضاء الأنجلو أميريكي مع الإشارة إلى الوضع في الكويت)، مجلة الحقوق الكويتية، السنة السادسة عشر، العدد الأول والثاني مارس ويونيو، 1992.

2) J. CEDRAS, op. cit, p 265.

3) J.M. MOUSSERON, op. cit, p 509 et s.

4) X. BIRBES, l'objet de la négociation RTD. Com.1998, p 475 et s.

إذن فإن العقود التي تستوجب التفاوض بشأنها هي عقود يعتبر فيها عامل المدة عنصرا فعالا ومؤثرا على تكوين العقد، حيث يساعد على إنجاحها لما يوفره من فرصة التمعن والتفكير لدى الأطراف المتفاوضة حتى يمكنهم من الإعداد لإبرام عقد يتلائم مع مصالحهم، فالتفاوض يلعب دورا وقائيا بالنسبة لمرحلة إبرام العقد إذ يحمي الأطراف من عيوب الرضى لأنه يتيح لهم دراسة تفاصيل العقد والتفطن إلى عيوب الرضا، لما يوفره من فرص الإطلاع على المعلومات الضرورية لنشأة إرادة سليمة وذلك من خلال الالتزام بالإعلام الذي يعد من أهم الالتزامات الناشئة في مرحلة المفاوضات. وقد كرس المشرع الجزائري الالتزام بالإعلام ما قبل عقدي صراحة في عدة قوانين[1].

كما أن حسن إدارة عملية المفاوضات لها دور في الحد من المنازعات في المستقبل، كما تتجلى أهمية التفاوض في تفسير العقد والوقوف على مقاصد الأطراف عند غموض عبارات العقد، فحسب نص المادة 111 ق.م.ج « أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الإستهداء، في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات ».

فالقاضي يلجأ في تفسيره للعقد لعوامل داخلية كالعقد نفسه وفي حالة تخلف هذا الأخير يمكنه الرجوع إلى مرحلة المفاوضات، حيث توجد اتفاقات تمهيدية يبرمها المتفاوضون يحددون من خلالها أهداف التفاوض والنقاط المتفاوض بشأنها وهذا ما ذهبت إليه اتفاقية فيينا المتعلقـــة بالبيع الدولي للبضائع المؤرخة في 11 أفريل 1980 في المادة 3/8 إلى إمكانيـــة

---

1) نص المشرع على الالتزام بالإعلام في الأمر 07/95 المتعلق بالتأمينات المؤرخ في 95/01/25 حيث نصت المادة 15 منه « يلزم المؤمن له بالتصريح عند اكتتاب العقد بجميع البيانات والظروف المعروفة لديه ضمن استمارة تسمح للمؤمن بتقدير الأخطار التي يتكفل بها »، وكذا قانون حماية المستهلك بموجب القانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية المؤرخة في 04/07/23 .ينص في المادة 4 « يتولى البائع وجوبا اعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات وشروط البيع » .

الإستناد إلى المباحثات عند تحديد مقاصد الأطراف[1]، كما أن المفاوضات تتدخل في إبطال العقد جزاء لعدم احترام المتعاقدين لواجب حسن النية المفروض عليهم اتباعه خلال هذه المرحلة.

وعليه يمكن اعتبار مرحلة التفاوض هي « المرحلة التي يتم فيها وضع الأساس الذي يقوم عليه بناء العقد فيما بعد، ومن ثم فأي خلل فيها قد يؤدي إلى إنهيار العقد، بينما يؤدي خلو هذا الأساس من أسبـــاب البطلان الضمان إلى قيام عقد سليم لا يثير مشكـــلات في التنفيذ » [2].

وقد أصبح للتفاوض مجالات واسعة للتطبيق منها في مجال القانون الدولي العام حيث دائما يلجأ إلى التفاوض في المجال السياسي لحل النزاعات بالطرق السلمية ويتم التفاوض عادة عن طريق لقاءات بين الدول المعنية، حيث يطلق على ممثلي تلك الدول بالمفاوضين، كما أن للمفاوضات دور في توسيع وتعميق العلاقات الدولية[3]

وبقراءة بسيطة للمعلومات العامة تسمح لنا بأن نعرف أن التفاوض يفرض في بعض المسائل مثلا وجوب التفاوض حول نزع الأسلحة مع الطرف المرشح للدخول كعضو في الإتحاد الأوروبي (C.E.E)[4].

كما تحتل المفاوضات في التجارة الدولية دورا هاما نظرا للطبيعة الدولية للعقود، حيث تحكمها مجموعة من الأعراف والعادات الدولية، التي ألزم التجار أنفسهم بها تسمى (l'ex mercatoria) وتقوم على " تبني كامل لفكرة الحرية التعاقدية وهي أن كل آمر قابل للتفاوض (Tout y est négociable) [5] .

---

1) حسام الدين عبد الغني الصغير، تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، أنظر: ملحق الكتاب المتضمن لنصوص مواد إتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع حيث تنص 3/8 « عندما يتعلق الأمر بتعيين قصد أحد الطرفين أو ما يفهمه شخص سوى الإدراك يجب أن يؤخذ في الإعتبار جميع الظروف المتصلة بالحالة لا سيما المفاوضات التي تكون قد تمت بين الطرفين والعادات التي استقر التعامل بينهما والأعراف وأي تصرف لاحق صادر عنهما ».

2) محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 11.

3) J. CEDRAS, op. cit p 268.

4) Ibidem.

5) محمد عبدالظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق الكويتية، جامعة الكويت، العدد الثاني، يونيو 97، ص 727.

وهذا ما كرسته مبادئ عقود التجارة الدولية الصادرة عن المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص بروما سنة 1994 (Unidroit principes)، حيث تضمنت قواعد تنظم مرحلة التفاوض في عدة مواد منها واعتبرت أن لكل طرف الحرية في إجراء التفاوض [1].

وعمليا تبرز أهمية التفاوض في مجال التجارة الدولية في مجموعة العقود المركبة التي ظهرت نتيجة للتطور الإقتصادي العالمي ومقتضيات السوق فهذه العقود تحتاج إلى تفاوض بشأنها قبل إبرامها ومن بينها عقود التعاون بين الشركات (Contrat de coopération inter entreprise) وهي اتفاقات التقارب والتعاون بين المشروعات وهدفها هو تحسين عائدات المشروعات المتعاونة لتطوير انتاجياتها وهذا النوع من الإتفاقات يحتاج في تنظيمه وتحديد كيفية الرقابة عليه إلى التفاوض الذي يسبق إبرام الإتفاق [2] .

كما أن هناك نوع آخر من العقود انتشر بشكل كبير في الوقت الراهن وهي ما يسمى بعقود نقل التكنولوجيا (Contrat de Transferts de Technique) نظرا للتطور التكنولوجي الهائل الذي يعرفه العالم، حيث ولد حاجة الدول النامية إلى الإستعانة بالتكنولوجيا الدول المتقدمة، فعقود نقل التكنولوجيا موضوعها هو " أن يتعهد الحائز على التكنولوجيا بنقل جميع المعطيات الفنية المستخدمة في منشآته الخاصة إلى المكتسب" [3] ومن أمثلتها عقود المعرفة الفنية وفي مثل هذه العقود لابد على مصدر التكنولوجيا ومستوردها الدخول في مفاوضات ويتطلب التفاوض هنا أن يكشف حائز التكنولوجيا عن بعض أسرارها للطرف الآخر وهذا بهدف ترغيبه في التعاقد.

أما النوع الآخر من العقود الذي يحتاج قبل إبرامه إلى اللجوء إلى التفاوض بشأنه هي عقود المفتاح باليد (Contrat clés en mains) والتي تهدف إلى إقامة البنية الأساسية للدولة خاصة الدولة النامية « وقد اعتمدت الجزائر هذا النوع من العقود بعد الإستقلال من أجل بناء قاعدة صناعية قوية لتدعيم استقلالها السياسي والإقتصادي »[4]، حيث عادة ما تبرم

---

(1) Ph. LE TOURNEAU, op. cit, p 483.

2) محمد شوقي شاهين، المشروع المشترك التعاقدي طبيعته وأحكامه في القانون المصري والمقارن،(د.ن)، القاهرة، 2000، ص177.

3) نصيرة بوجمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص 5 وما يليها.

4) معاشو عمار، النظام القانوني لعقود المفتاح باليد في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983، ص 28 وما يليها.

هذه العقود مع الأجانب « وذلك باللجوء إلى طلب عروض دولية من مختلف الشركات الأجنبية العاملة في مختلف التخصصات، وهنا يتسنى للطرف الوطني اختيار المتعاقد معه ونظرا لأهمية هذه الطريقة في التعاقد، فتجري مفاوضات بعد اختيار الطرف الأجنبي والتفاوض معه حول كل النقاط الأساسية في العقد من أجل الحصول على أفضل الشروط المالية والفنية » [1].

كما أن التطور السريع الذي شهده القرن الحديث في مجال الإتصالات والمعلوماتية أفرز ما يسمى بعقود التجارة الإلكترونية، والتي تعرف بأنها « إتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للإتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية بفضل التفاعل بين الموجب والقابل » [2]. وقد نظمت بعض التشريعات في البلدان المتقدمة أحكاما لهذه الطائفة من العقود عن بعد منها فرنسا والجزائر حديثا حيث تلعب المفاوضات دورا أساسيا في مثل هذه العقود.

فالتفاوض يلعب عدة أدوار في التجارة الدولية فهو « لم يعد ينحصر فقط في الحصول على المواد المنتجة أو البحث عن أسواق لتصريف المنتجات وإنما هو أوسع وأشمل حيث يمتد ليشمل الجوانب المالية والتقنية والعلمية ومثال ذلك أن المؤسسة في حالة حاجتها إلى مصادر التمويل فإنها تدخل في مفاوضات مع المصارف والبنوك العالمية، من أجل الحصول على الأموال اللازمة، إما لغرض تسديد التزامات تستحق الدفع أو لغرض مواجهة العمليات الإستثمارية التي تنوي القيام بها » [3].

وإضافة إلى الدور الذي يلعبه التفاوض في المجال الدولي، فإنه يلعب دورا آخر لا يقل أهمية في مجال القانون الداخلي لا سيما في مجال قانون العمل وذلك من خلال ما يسمى بالمفاوضات الجماعية (Les Négociations Collectives) والتي تتم بين رب العمل والنقابة، إذ تساهم المفاوضات الجماعية في تحقيق العدالة الإجتماعية، فهي تهدف إلى تحسين شروط العمل مثل زيادة الأجرة، تخفيض ساعات العمل وكذا تسوية منازعات العمل

1) معاشو عمار، المرجع السابق، ص 41.
2) صابر محمد عمار، المفاوضة في عقود التجارة الإلكترونية، 2002 WWW.Mohamoon.Com/mon tada :. http تاريخ الإطلاع 2005/12/15.
3) صالح ــ ص ــ خالص، في الإعلام التجاري والمفاوضات التجارية الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص91.

الجماعية، كما تقوم المفاوضات بدور تكميلي لقانون العمل فهي من أهم مصادره[1].

وقد كرس المشرع حق التفاوض الجماعي واعتبره حق أساسي للعامل من خلال المادة 05 من القانون 11/90 المعدل والمتمم والمتعلق بعلاقــات العمل المؤرخ في21 أفريل 1991 [2].

وقد أصبحت المفاوضـــات السمة الرئيسيـــة في العقود المتعلقـــة بأصحـــاب الشهـــرة « كالعـــقود التي يبرمها مقدمو البرامج التلفزيونية، الممثلون والرياضيون ذو المستوى العالي » [3].

ورغم أهمية التفاوض وما يقوم به من التحضير والإعداد للعقد، إلا أن التقنينات المدنية الحديثة، بما فيها التقنين المدني الجزائري لم ينظم مرحلة التفاوض وأكتفى بالإهتمام بمرحلة إبرام العقد، وذلك نظرا للتصور التقليدي الذي كان سائدا في مجال العقود، حيث تسود فكرة الإبرام الفوري للعقود (Conclusion instantanée)[4].

وإن كان هذا التصور يتناسب مع طائفة معينة من العقود اليومية التي تتم بشكل بسيط، إلا أن هذا التصور لم يعد يلائم العقود المركبة التي أفرزها العصر الحديث، لأن تكوينها يتم على مراحل، ونظرا لأن التفاوض أصبح ضرورة اقتصادية وقانونية وحتى نفسية[5] فقد كان محل اهتمام الفقه ومن بين الفقهاء الأوائل الذين أهتموا بدراسة مرحلة التفاوض، الفقيه الألماني (Rudolf Von Ihering) والفقيه الإيطالي (Gabrielle Fagella)، حيث ساهما في بلورة مفهوم المسؤولية ماقبل تعاقدية، بمعنى أنه يجب على الأطراف المتفاوضة تحمل المسؤولية في هذه المرحلة في حالة إذا ارتكب أحد الطرفين خطأ أحدث ضررا للطرف الآخر، وقد تأثرت بعض التقنينات الحديثة بالفقهين حيث تضمنت

---

1) أنظر في هذا الشأن بالتفصيل: عبدالباسط عبد المحسن، النظام القانوني للمفاوضة الجماعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

2) قد أفرد المشرع بابا خاص بالتفاوض الجماعي في قانون 11/90 وذلك بالباب السادس.

3) Ph. LE TOURNEAU, op.cit, p 479.

4) J.M. MOUSSERON, op.cit,p 509.
et L. BOYER, contrat et conventions, encyclopédie, D, Civ, n° 5, 98 p 18.

5) محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، (دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي)، دار الكتاب، القاهرة، 1995، ص3.

نصوصا خاصة بالتفاوض والمسؤولية ما قبل عقدية منها التقنين المدني الإيطالي إذ تنص المادة 1337 منه على« Les parties dans les pourparlers et dans la conclusion du contrat doivent se comporter conformément au bonne foi »[1]

وكذا القانون المدني اليوناني في المادة 197 والقانون المدني اليوغسلافي لعام 1978 في المادة 30 منه[2]، وقانون العقود الإسرائيلي الصادر عام 1973 من خلال الفصل 12 من القسم العام[3].

إلا أنه بالرجوع إلى المواد المذكورة في القوانين أعلاه نجد أنها « لا تعتبر كافية لوضع تنظيم كامل وشامل لمرحلة التفاوض على العقد، لإنها تتسم بالعموم في اللفظ والقصور في تنظيم العلاقة بين الأطراف المتفاوضة، فضلا على انها لم تحدد بشكل صريح الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض »[4] ، وهذا مما ساعد في الجدال الفقهي بشأن طبيعة التفاوض وتحديد نوع المسؤولية القائمة في هذه المرحلة.

ومما لاشك فيه أن التفاوض بات يخضع لنظام قانوني خاص يسهر القضاء على تطبيقه، فلم يعد التفاوض على العقد مجــرد كلام في الهواء (Des paroles en l'air) [5]، " إذ بمجرد دخول الطرفين في التفاوض، فإنهما لا يصبحان من الغير (Tiers) " [6]، حيث تتكون بينهما علاقة قانونية خاصة وتنشئ على عاتقهما التزامات متبادلة تفرضها طبيعة مرحلة التفاوض ومن هذه الالتزامات، الالتزام بالتفاوض بحسن نية ويترتب على الإخلال بهذه الالتزامات قيام المسؤولية المدنية، وبالتالي" فإن مرحلة التفاوض تجاوزت دائرة الواجبات الإنسانية العامة وأصبحت تحكمها التزامات خاصة"[7] .

---

1) محمد الصغير الجليبي، المسؤولية قبل تعاقدية، رسالة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في العقود والإستثمارات، غير منشورة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس III ، 1996 / 1997، ص4.

2) رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص 55.

3) محمد الصغير الجليبي، المرجع السابق ، ص 5.

4) رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص 56.

5) L. ROZES, Projet et Accords de Principe, RTD.Com.1998, p 502.

6) A. COHERIER, op.cit, p 167.

7) Ph. LE TOURNEAU, op.cit, p 481.

ثانيا : تمييز التفاوض عن الأفكار القانونية القريبة منه:

قد يلتبس مصطلح التفاوض مع بعض المفاهيم القريبة منه كالوعد بالتقاعد والإيجاب بإعتبارهما يمهدان لإبرام العقد وأحيانا يتداخل مفهوم التفاوض مع مرحلة إبرام العقد مما يستدعي التمييز بين التفاوض وهذه المفاهيم.

ــ التمييز بين التفاوض ومرحلة إبرام العقد :

هناك عدة نقاط يمكن من خلالها أن نحدد أوجه الإختلاف بين التفاوض بإعتباره مرحلة ما قبل عقدية ومرحلة إبرام العقد.

إن مرحلة التفاوض تسبق دائما مرحلة إبرام العقد (Chronologie pré contractuelle)، حيث أن إراداة الطرفين تكون غير باتة في مرحلة التفاوض فهي مجرد عروض وعروض مضادة (proposition et contre proposition) على عكس مرحلة إبرام العقد حيث توجد إرادة باتة وهي إيجاب وقبول متطابقان، كما أن مرحلة التفاوض عادة ما تستغرق وقتا طويلا وهذا بخلاف مرحلة إبرام العقد إلا في حالة إذا ما اقترن الإيجاب بميعاد للقبول. لكن الإشكالية التي تطرح ما هو الحد الفاصل بين مرحلة التفاوض ومرحلة إبرام العقد. والجواب بسيط وكلاسيكي وهو أنه يتم الخروج من مرحلة التفاوض عند صدور الإيجاب يقترن بقبول أي بمعنى آخر أن المفاوضات تنتهي عندما تصل إلى اتفاق الأطراف المتفاوضة على جميع العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه ومثال ذلك ما أخذ به القضاة الأمريكيون في القضية المعروفة (Texaco) إذ اعتبروا أن بروتكول الإتفاق المسمى (mémorandum of agreement) يعبر بطريقة كافية على إتفاق الأطراف على جميع المسائل الرئيسية للعقد المراد إبرامه[1] .

إذن باتفاق الأطراف المتفاوضة على بلورة جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه تكون المفاوضات قد حققت الهدف المرجو منها، وهكذا فالإيجاب هو الحد الفاصل بين التفاوض وإبرام العقد، فبصدور الإيجاب تكون الإرادة تخطت مرحلة التردد وعدم الحزم.

1) A. LAUDE, Le Constat Judiciaire des pourparlers, RTD. Com. 1998, p 551 et s.

ـــ التمييز بين التفاوض والوعد بالتعاقد :

فالوعد بالتعاقد والتفاوض يدخلان ضمن المرحلة التي تسبق إبرام العقد وكل منهما يلعب دورا في التمهيد لإبرام العقد، إلا أن هناك اختلاف بينهما.

فالوعد بالتعاقد باعتباره تمهيدا لإبرام العقد فهو كثير الوقوع في الحياة العملية ويمكن تعريفه بأنه « عقد بمقتضاه يلتــزم شخص يسمي الواعد بقبول إبرام عقد في المستقبل مع شخص آخر يسمى الموعود له، إذا ما أظهر هذا الأخير إرادته في التعــاقد خلال فترة معينة » [1].

فالوعد بالتعاقد قد يكون ملزما لجانب واحد أو لجانبين، وقد نظمه المشرع الجزائري في المادتين 71 و 72 من ق.م.ج فالمادة 71 تنص على أنه « الإتفاق الذي يعد له كل المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب ابرامه فيها » كما يمكن حسب نص المادة 72 ق.م.ج في حالة نكول الواعد للموعود له أن يقاضيه في حال كانت الشروط اللازمة لقيام العقد متوفرة وخاصة منها الشكل متوافرة قام الحكم مقام العقد [2].

إذن لا بد أن يتوافر في الوعد بالتعاقد جميع الشروط والمسائل الجوهرية التي يجب أن تتوفر في العقد المراد إبرامه إضافة إلى ذلك يجب تحديد المدة التي سيبرم فيها العقد [3].

فالوعد بالتعاقد يعد عقد كاملا لا مجرد إيجاب أو مفاوضة ولكنه عقد تمهيدي لا نهائي[4].

فالوعد بالتعاقد يتضمن عنصر التراضي حول إبرام العقد، فهو يعبر عن إرادة الواعد في التعاقد[5] وهذا على خلاف المفاوضات التي لا تلزم أطرافها بإبرام العقد حتى وإن كانت مرحلة التفاوض في شكل اتفاقات تمهيدية، لأنها غالبا ما تكون غير ملزمة وهدفها هو فتح نقاش بين الأطراف لبحث إمكانية التوصل إلى إبرام عقد لم تحدد ملامحه بعد.

---

1) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 133.

2) قرار المحكمة العليا 1996/04/17، تحت رقم : 154760، المجلة القضائية، عدد1، سنة 1996، ص 99- 102.

3) A. COHERIER, op.cit, p42.

4) جاك غستان، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2000، ص 338.

5) C. PAULIN, promesse et préférence, RTD. Com.1988, p 516.

ــ التمييز بين التفاوض والإيجاب:

فلئن اندرج الإيجاب في المرحلة ما قبل العقدية، فإنه يختلف عن المفاوضات في عدة نقاط جوهرية.

وقبل بيان الفروق بين الإيجاب والتفاوض، يجب أن نتوقف عند مفهوم الإيجاب فجاك غستان يعرف الإيجاب بأنه « إبداء إرادة أحادية الجانب مبينة وحازمة ومجردة من اللبس بما فيه الكفاية، حيث إذا ما اقترن بقبول ممن وجه إليه كان كافيا لتكوين العقد » [(1)].

فالإيجاب (l'Offre) أو (Pollicitation) يمكن تعريفه بأنه ذلك العرض الذي يصدر من شخص معين إلى شخص آخر أو عدة أشخاص، حيث يتضمن هذا العرض طبيعة العقد المراد إبرامه وجميع العناصر الجوهرية للعقد والتي لا بد من توافرها لإبرام العقد.

فالإيجاب يعبر عن إرادة جادة في التعاقد، تلزم صاحبها بإبرام العقد بمجرد موافاته بالقبول[(2)]. وهو يوجه إلى شخص أو عدة أشخاص أو إلى الجمهور فهذا الأخير يلزم صاحبه تماما مثل الإيجاب الموجه إلى شخص معين وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية « الإيجاب الموجه إلى الجمهور يرتبط به الموجب إتجاه أول قابل بنفس شروط الإيجاب الموجه إلى شخص معين » [(3)].

وحتى نكون بصدد إيجاب في وسعه الإسهام في تكوين العقد وقيام مسؤولية من صدر منه يجب أن تتوافر فيه مجموعة من الصفات وهي أن يكون محددا وجادا وباتا وواضحا لا لبس فيه وموجه إلى المرسل إليه[(4)]، وهذا ما جاء في المادة 1/14 من اتفاقية فيينا للأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع « يشكل اقتراح ابرام عقد موجه إلى شخص معين أو عدة أشخاص إيجابا، إذا كان محددا بما فيه الكفاية وإذا بين إرادة فاعله أن يرتبط بقبول »[(5)]

1) جاك غستان، المرجع السابق، ص 199.

2) قد نظم المشرع الجزائري مسألة الإيجاب والقبول في تكوين العقد في المواد من 59 إلى 68 ق.م.ج

3) Cass 3ème civ, 28 Nov. 1968, cité par Ph . LE TOURNEAU, op.cit, p 487.

4) جاك غستان، المرجع السابق، ص 293.

5) نفس المرجع، ص293.

– تحديد الإيجاب يتعلق بطبيعة العقود، فقد يقوم إيجاب حتى وإن لم يتضمن تحديد للثمن عندما تكون العادة أن يحدد هذا الثمن بصورة لاحقة كأتعاب الأطباء أو بعض الوكلاء المهنيين.

فالإيجاب غير ملزم للموجب ويمكنه العدول عنه قبل أن يتصل بعلم من موجه إليه وحتى إن اتصل بعلم من وجه اليه لا يكون له أثر قانوني ويمكن للموجب أن يعدل عنه طالما لم يقترن بقبول. بمفهوم آخر إذا اقترن الإيجاب بقبول لا يمكن للموجب أن يعدل عنه ونفس الحال في حالة إذا ما ألزم الموجب نفسه بميعاد. يجب عليه البقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل، وهذا ما نصت عليه المادة 63 من القانون المدني الجزائري.

ومن خلال تحديد مفهوم الإيجاب نستطيع أن نميزه عن التفاوض ومن الأمثلة الكلاسيكية التي تبين التفرقة بين الإيجاب والمفاوضات هي كعرض البضائع مع بيان ثمنها يعد إيجابا، أما قيام شخص بإعلان ينبئ أنه يعرض منزلا للبيع أو الإيجار دون أن يذكر الثمن أو الأجرة يعتبر هذا من قبيل المفاوضات [1].

وقد صدر في هذا الشأن عن " الغرفة المدنية الثالثة بفرنسا بتاريخ 1 جويلية 1998 قرارا يسمح ببيان الفرق بين الإيجاب والدعوة إلى التفاوض وفحوى القضية « أن بلدية (Commune) قامت بتوجيه إيجاب للجمهور ببيع قطعة أرض معينة، فوافق أحد سكان البلدية على هذا الإيجاب، إلا أن البلدية تراجعت عن هذا الإيجاب وحجتها أن هذا الإيجاب مخصص للسكان الجدد فقط، هذه الحجة رفضت من طرف مجلس الإستئناف بسبب أن البلدية موجبة وأن إيجابها لم يتضمن أي شرط في من وجه إليه الإيجاب وفي هذا الصدد ألزم المجلس أنه يجب على من يصدر منه إيجاب سواء كان موجه إلى الجمهور أو إلى شخص معين أن يلتزم الحذر، فالموجب ليس له الحق أن يتــراجع عن إيجابه وهذا عكس القاعدة المعمول بها في الدعوة إلى التفاوض » [2].

ومن جهة أخرى قد يكون أحيانا الإيجاب سببا لإنطلاق المفاوضات لتكوين العقد إذا لم يقبله من وجه إليه وصاحب رفضه عرض جديد وشروط جديدة.

---

1) عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 206 وما يليها.

2) 3ème Chambre Civ. Le 1er Juillet 1998, cité par P. MOUSSERON, J.C.P, 1999, ed , juris Classeur , n° 4, p 4.

وأحيانا أخرى حتى وإن كان العرض يتوافر على الأركان الأساسية للعقد المراد إبرامه إلا أن شخصية المتعاقد تكون محل اعتبار، فهنا لا يعد هذا العرض إيجابا بل تفاوضـــا[1] إذن فالإيجاب المقترن بتحفظ إذا كان يتعلق بعقد قابل للتفاوض فإنه يصبح مجرد دعوة إلى التفاوض وهو في حقيقته إيجاب ضمني بالتفاوض[2] ومن التطبيقات القضائية على ذلك، « أن شخصا قام بالإعلان في الصحف عن حاجته إلى استئجار شقة، فتلقى خطابا من أحد الملاك يعلن فيه عن استعداده لتأجير شقة وصفها في الخطاب بدقة، وحدد الأجرة المطلوبة، فقام هذا الشخص بمطالبة المالك بتنفيذ عقد الإيجار، واعتقادا منه بأن هذا العقد قد أبرم بمجرد قبوله للإيجاب الذي تضمنه خطاب المالك، ولكن هذا الأخير رفض التنفيذ متمسكا بتحفظه الضمني بالموافقة على شخص المستأجر، وحينما رفع الأمر للقضاء رفضت محكمة استئناف ليون دعوى المستأجر بإعتبار أن خطاب المالك لا يعدو أن يكون دعوة إلى التفاوض، حتى ولو كان متضمنا جميع المسائل الجوهرية في العقد، وذلك نظرا لأن عقد الإيجار من العقود القائمة على الإعتبار الشخصي، ومن ثم فإن المؤجر لا يلتزم بالتعاقد فورا مع الشخص الذي سيستجيب لعرضه، أيا كانت أخلاقه أو ملاءته المالية أو حالته الإجتماعية، وإنما من حقه أن يتعرف جيدا على هذا الشخص، ثم يقرر بذلك ما إذا كان سيتعاقد أو لا يتعاقد معه » [3].

وعليه يمكن القول إذا كان الإيجاب خطوة لإبرام العقد، فإن التفاوض خطوة إلى الإيجاب[4].

1) L. BOYER, op. cit, p 14.
2) C. LARROUMET, op.cit, p 263.
3) محكمة استئناف ليون، 16 ماي 1928، أشار إليه، رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص 395 وما يليها.
4) محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، (دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 70.

المطلب الثاني

الدعوة إلى التفاوض (الإيجاب بالتفاوض)
(l'Offre de Négociation)

التفاوض ما هو « إلا مناقشة مشتركة لعناصر عقد مقترح بهدف الوصول إلى صيغة أو تصور مشترك مقبول من الطرفين » [1].

ومن ثمة فإنه يكون لكل طرف القابلية أن يغير بإرادته في مدى حقوقه والتزاماته، وهذا حتى يمكن الوصول إلى صيغة مقبولة من الطرفين حول العقد المراد إبرامه، ويتم التفاوض بين الأطراف عن طريق الدعوة إلى التفاوض وهي دعوة يوجهها أحد الطرفين للآخر للتفاوض بشأن إبرام عقد مستقبل بينهما، وغالبا لا تتضمن هذه الدعوة الشروط الجوهرية للعقد المراد إبرامه والهدف من ذلك هو جس نبض من سيستجيب لهذه الدعوة، للوقوف على مدى استعداده للتعاقد، فإذا وجد لديه رغبة في التعاقد، فهنا يتم الدخول معه في مفاوضات حول شروط العقد المختلفة وذلك للتوصل إلى اتفاق مشترك ومثال ذلك « كأن يطلب مشروع صناعي من إحدى الشركات دراسة الشروط التي تقبل بمقتضاها تزويده بمعدات لازمة لنشاطه، فتتقدم الشركة على أثر ذلك بمقترحات أكثر وضوحا تصلح أساسا للتفاوض » [2].

إذن إن افتتاح المفاوضات يتم بالدعوة إلى التفاوض أو ما أصطلح عليه الفقه « الإيجاب بالتفاوض » [3]. لأن الداعي إلى التفاوض إنما يعرض في الحقيقة على من وجهت إليه الدعوة أن يدخل معه في التفاوض حول عقد معين، حيث يلتزم بموجب هذا العرض وبمحض إرادته أن يتفاوض مع من قبل بالتفاوض ولذا فإن الدعوة إلى التفاوض تعد بمثابة إيجاب (Offre) بالتفاوض، إذا ما اقترن بقبول ممن وجه إليه إنعقد اتفاق التفاوض.

وتتخذ الدعوة إلى التفاوض إحدى الصورتين فهي إما أن تكون دعوة صريحة إلى التفاوض (الإيجاب الصريح بالتفاوض) أو تكون دعوة ضمنية للتفاوض (الإيجاب الضمني بالتفاوض).

---

1) محمد ابراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 25 .

2) محمد حسين عبدالعال، المرجع السابق، ص 36.

3) C. LARROUMET, op.cit, p 248.

كما أن الدعوة إلى التفاوض بصورتيها قد تقترن بقبول وهو ما يسمى بقبول التفاوض وهذا ما سندرسه بالتتابع فيمايلي .

ـ أولا : الإيجاب الصريح بالتفاوض

ـ ثانيا : الإيجاب الضمني بالتفاوض

ـ ثالثا : قبول التفاوض.

أولا : الإيجاب الصريح بالتفاوض:

أو ما يسمى بالدعوة المقترنة بأسس التفاوض، أحيانا يقوم أحد الطرفين بدعوة الآخر إلى التفاوض بشكل صريح، حيث يحدد له الأسس التي يجري عليها التفاوض، فيحدد له الإطار العام لحقوق والتزامات الطرفين في العقد المراد إبرامه[1].

وهذا النوع من الدعوة الصريحة إلى التفاوض تنتشر في مجال المعاملات التجارية خاصة في مجال المناقصات.

ومن صور الدعوة الصريحة إلى التفاوض ما يسمى بالتعاقد عن طريق المناقصة (Appel d'Offre) أو التعاقد المباشر (Contrat gré à gré) ويكون هذا في مجال الصفقات، حيث أنه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 02 ـ 250 المعدل والمتمم المؤرخ في 24 جويلية 2002، الذي يتضمن تنظيم الصفقات العمومية والذي يعرف في المادة 21 منه المناقصة بأنها « إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض ».

ويتم اللجوء إلى المناقصة في العقود ذات القيمة الإقتصادية[2] فمن خلال التعريف السابق للمناقصة إن الشخص أو صاحب المشروع الذي يسعى إلى التعاقد عن طريق المناقصـــة فهو يحرص من جهة على أن تتم المناقصة بأقل تكلفة ممكنة ومن جهة أخرى أن

1) محمد ابراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 27.

2) أنظر: المادة 11 من نفس المرسوم رقم 250/02 التي تحدد العمليات التي تشملها الصفقة العمومية.

يبرم العقد مع أفضل المتعاقدين. ويتم الإيجاب بالتعاقد في المناقصة عن طريق الدعوة إلى تقديم العروض، وهي علانية، حيث تلزم المادة 43 من المرسوم الرئاسي السالف الذكر أن ينشر الإعلان عن المناقصة إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي وعلى الأقل في جريدتين وطنيتين[1].

وهناك نوعان من المناقصة هما، المناقصة المفتوحة وهي إجراء يمكن من خلاله لأي مترشح أن يقدم تعهدا، والمناقصة المحدودة وهي إجراء لا يسمح فيه بتقديم تعهد إلا للمترشحين الذين تتوافر فيهم بعض الشروط الخاصة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا[2]

وقبل قيام صاحب المشروع بإعلان عن المناقصة فإنه يقوم بإعداد ملف كامل عن المشروع محل المناقصة وهذا ما يطلق عليه دفتر الشروط العامة (Cahier des clauses générale) والذي يتضمن مجموعة من الشروط العامة والخاصة التي يعدها صاحب المشروع والتي يرغب في التعاقد على أساسها منها : الوصف الدقيق لموضوع الخدمات المطلوبة والمواصفات التقنية اللازمة، الشروط ذات الطابع التقني والإقتصادي، والضمانات المالية، كيفية التسديد... الخ.

فمن خلال هذه الشروط يدخل صاحب العرض والمترشح (Le Candidat) في مفاوضات بالأخص فيما يتعلق بالإجراءات القانونية مثلا كتحديد المحكمة المختصة أو التحكيم في حالة وجود نزاع، وكذا تحديد الألفاظ القانونية بدقة، كما يتم التفاوض حول الإقتراحات التجارية والإقتصادية وتقديم التحفظات والتعليقات وهذا حتى التوصل إلى إبرام العقد النهائي[3].

فالمناقصة بهذا المعنى هي مجرد دعوة إلى التفاوض، لأن الدعوة إلى المناقصة لا تشتمل على جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه إذ ينقصها على الأقل عنصر الثمن.

أما الصورة الثانية في الإيجاب الصريح بالتفاوض هي التعاقد المباشر (le Contrat gré à gré) أحيانا يلجأ صاحب المشروع إلى التعاقد مباشرة مع شخص معين وفي حالات معينة، وقد عرفه المشرع في المادة 37 من المرسوم الرئاسي السالف الذكر بالتراضي البسيط وحدد

---

1) فمثلا الشركات التابعة لقطاع الطاقة والمناجم تقوم بنشر وإعلان عن المناقصات في نشرة المناقصات التابع لقطاع الطاقة والمناجم المسمى (Le BAOSEM) أي (Bulletin des Appels d'Offres du Secteur de l'Energie et des Mines)

2) في هذا الشأن أنظر: المادتين 24 و 25 من المرسوم الرئاسي رقم 02 ـــ 250 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

3) X. BIRBES, op.cit, p 474.

الحالات التي تسمح بمثل هذا النوع من التعاقد منها عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات، إلا على يد متعامل وحيد يحتل وضعية احتكارية أو ينفرد بامتلاك الطريقة التكنولوجية التي اختارتها المصلحة المتعاقدة... الخ[1].

ويتم الإيجاب بالتفاوض في التعاقد المباشر بتوجيه اقتراح إلى شخص معين للدخول معه في التفاوض بشأن عقد معين تمهيدا لإبرامه[2]. وتوجه هذه الدعوة إما كتابة وإما عن طريق البريد العادي أو البريد الإلكتروني أو البرق ... الخ، فالدعوة إلى التعاقد المباشر لا تتضمن العزم النهائي على التعاقد بل مجرد رغبة في الدخول للتفاوض.

وتكمن أهمية الإيجاب الصريح بالتفاوض بما يتضمنه من أسس التفاوض التي تصلح من بعد سندا لتفسير العقد، كما أنها قد تكون دليلا على عدم سلامة الرضاء من عيوب الغلط أو التدليس[3]، غير أن تحديد أسس التفاوض لا يعني أن هذه الأسس ملزمة لطرفي التفاوض ما دام القصد منها هو تنظيم عملية التفاوض وتسهيل مهمة الطرفين في التوصل إلى صيغة مقبولة للعقد المقترح وبالتالي فإن كل من الدعوة إلى المناقصة أو إلى التعاقد المباشر لا يعدان إيجابا بالعقد لأنهما لا يشتملان على الأقل على عنصر الثمن، وإذا اقترنت الدعوة إلى المناقصة أو التعاقد المباشر بقبول فيلزم الموجب بالدخول في التفاوض والإستمرار فيه بحسن نية، دون أن يلزم بإبرام العقد النهائي.

ثانيا : الإيجاب الضمني بالتفاوض :

تتمثل هذه الصورة في دعوة أحد الطرفين للآخر في الدخول في مفاوضات بشأن إبرام عقد في المستقبل حول موضوع معين، دون تحديد العناصر الرئيسة للعقد المراد إبرامه، فهي دعوة لا ترقى أن تكون أيجابا بالعقد بل هي مجرد دعوة ضمنية للتفاوض حول هذا العقد وتتخذ الدعوة الضمنية للتفاوض صورتين :

---

1) لمعرفة حالات اللجوء إلى التعاقد المباشر إرجع إلى المادة 37 من المرسوم الرئاسي رقم 02 - 250.

2) J. CEDRAS, op.cit, p 270.

3) محمد ابراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 29.

الصورة الأولى هي العرض غير المتضمن للعناصر الجوهرية للعقد وهذه الصورة كثيرة الوقوع في الحياة العملية ومثال ذلك أن يقوم شخص بعرض سلعة في واجهة محل دون بيان سعرها، فهذا العرض يعد دعوة ضمنية للتفاوض، ومن أمثلتها كذلك الشخص الذي يضع لافتة في شرفة منزله أو على الباب مكتوب عليها للبيع (A Vendre) فهذه اللافتة لا تعد إيجابا بالبيع لأنها لا تحدد المبيع ولا ثمن المبيع وهما عنصران أساسيان في عقد البيع. كما ان إرادة المالك لا تتجه إلى إبرام عقد في الحال مع أول شخص يستجيب لهذا العرض، فهو ينوي التفاوض معه بشأن الثمن وكيفية الوفاء به وتحديد الشيئ المبيع وملحقاته... الخ فهذه اللافتة هي دعوة ضمنية بالتفاوض وتعتبر ضمنية لأن المالك لم يعبر صراحة بأنه يريد التفاوض وإنما يستنتج ذلك من خلال اللافتة[1].

ونفس الحكم يؤخذ به بالنسبة للإعلان الذي ينشر في الصحف مثل إعلان شقة للبيع أو الإيجار دون ذكر عناصر العقد[2].

وفي هذا الصدد رأت الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 27 جوان 1973 « أن الإيجاب في الإيجار يجب أن يذكر الشيئ المؤجر، وقيمة بدل الإيجار والتاريخ الممكن لبدء التمتع به وإلا يعتبر مجرد دعوة إلى التفاوض من أجل إبرام عقد »[3].

أما الصورة الثانية للإيجاب الضمني بالتفاوض هو الإيجاب المقترن بتحفظ ويكون هذا خاصة في العقود التي تكون فيها شخصية المتعاقد محل اعتبار، فالإيجاب المقترن بتحفظ يخول للموجب حق الموافقة أو عدم الموافقة على إبرام عقد مع شخص معين، فهنا يفقد الإيجاب صفته كإيجاب بالعقد ويصبح مجرد دعوة إلى التفاوض[4].

أما بالنسبة للأثر القانوني للدعوة الضمنية بالتفاوض لا يترتب على الدعوة الضمنية للتفاوض التزاما حقيقيا على أحد الطرفين إلا إذا تبين أن الإيجاب بالتفاوض الضمني قد وصل إلى علم من وجه إليه، وحتى إن وصل إلى علم من وجه إليه يمكن للموجب بالتفاوض

---

1) حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 112.

2) نفس المرجع، ص 112.

3) جاك غستان، المرجع السابق، ص 294.

4) لمزيد من التفصيل أنظر : حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 110.

أن يرجع عن إيجابه وهذا قبل أن يقترن بقبول، فهنا تتحول الدعوة الضمنية للتفاوض متى قبلها الطرف الآخر إلى إتفاق على التفاوض وهو ما يفرض التزام بإستمرار التفاوض[1] دون أن يلزم صاحبه بإبرام العقد النهائي وقد يحكم بالتعويض على من دعا إلى التفاوض وهو يبيت النية على عدم التعاقد[2].

ثالثا : قبول التفاوض (Acceptation de la négociation)

فلكي ينعقد التفاوض لا بد من أن تلقى الدعوة إلى التفاوض قبول من طرف من وجهت إليه الدعوة، وعلى هذا إذا ما وصل الإيجاب بالتفاوض إلى علم من وجه إليه، فإن لهذا الأخير مطلق الحرية في قبول التفاوض أو رفضه، فإذا قبله يتم الدخول في مفاوضات تمهيدية للتعاقد وبالتالي فهو يعلن قبوله في المشاركة في وضع تصور مشترك لصيغة العقد المقترح[3].

ويأخذ قبول التفاوض صورتين، فإما أن يكون قبول من وجهت إليه الدعوة بالتفاوض صراحة، وإما أن يكون هناك قبول ضمنيا للتفاوض، وذلك بأن يقوم الشخص الذي وجه إليه الإيجاب بالتفاوض بإتخاذ موقف ينبئ بشكل غير مباشر عن قبوله التفاوض، ويتخذ القبول الضمني للتفاوض صورا عديدة في الحياة العملية، ولعل من أشهرها أن يقوم الشخص الموجه إليه الإيجاب بالتفاوض بالبدء في التفاوض مباشرة مع الداعي إلى التفاوض دون أن يعلن صراحة قبوله الدخول في التفاوض ومثاله الشخص الذي يذهب إلى صاحب المنزل الذي علقت عليه لافتة (للبيع) ويتناقش معه مباشرة حول شروط العقد.

أما بالنسبة للأثر القانوني لقبول التفاوض، فحتى ينتج القبول آثره يجب أن يكون مطابقا للإيجاب بالتفاوض ويترتب على قبول التفاوض، تأكيد طرفي التفاوض بدء التشاور والتحاور لوضع تصور مشترك حول العقد محل التفاوض.

---

1) محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 27.

2) نفس المرجع، ص 27.

3) نفس المرجع، ص 29.

.

وينتج عن مسألة الدخول في التفاوض التزام طرفيه بالتفاوض بحسن النية[1] وما يتفرع عنه من التزامات حتى الوصول إلى ابرام عقد نهائي.

وكما رأينا سالفا بأن التفاوض تجاوز دائرة الواجبات الإنسانية العامة وأصبح يترتب عنه التزامات خاصة، فإنه لابد لنا من التوقف حول أهلية طرفي التفاوض ومحل التفاوض.

إذن بالرجوع للقواعد العامة للالتزامات، نلاحظ أن التفاوض ليس مجرد عمل مادي بل يلزم طرفيه بمجموعة من الالتزامات ماقبل عقدية والتي من أهمها الالتزام بالتفاوض بحسن نية وبالتالي فإن التفاوض هو من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر لأن في عملية التفاوض كل طرف يحاول أن يصل إلى وضع شروط للعقد المرتقب تتفق مع مصالحه وعليه فإنه يجب أن تتوافر في المفاوض الأهلية المقررة للتفاوض حتى يكون تفاوضه صحيحا ويجب التأكد من خلو إرادته من عيوب الإرادة[2].

إضافة إلى الأهلية يجب أن لا يكون الشئ محل التفاوض خارجا عن دائرة التعامل بطبيعته بأن يكون مستحيلا أو بحكم القانون محضور التعامل فيه، وإن لا يكون مخالفا للنظام العام والآداب العامة، وإلا كان التفاوض باطلا[3].

المطلب الثالث

القطع أهم صورة لفشل المفاوضات

إن الهدف من التفاوض على العقد هو محاولة التقريب بين وجهات النظر المختلفة لطرفي المفاوضة، وإيجاد نوع من التوازن بين مصالح الأطراف المتعارضة.

لذا فإنه إما أن تسفر المفاوضات عن اتخاذ أطرافها قرار نهائي بإبرام العقد أو عدمه، وعندئذ تكون المفاوضات قد وصلت إلى نهاية الطريق، وتعتبر بذلك أنها قد فشلت.

---

1) J. CEDRAS, op.cit, p 271.

2) في هذا الشأن أنظر: المادة 40 من ق.م التي تنص على أن سن الرشد 19 سنة كاملة (وهي السن التى تؤهل الشخص لمباشرة حقوقه المدنية) والمواد 81 إلى 90 ق.م.ج المتعلقة بعيوب الإرادة، الغلط، التدليس، الإكراه، الغبن.
وفي هذا الشأن كذلك أنظر: نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقدي بالإدلا بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، (دراسة فقهية قضائية مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 43 وما يليها.

(3) أنظر المادتين :97 ، 98 من ق.م. ج.

في حقيقة الأمر إن فشل التفاوض يعد من النهايات المتوقعة للتفاوض على العقد، وذلك لأنه كما قلنا أن نتيجة المفاوضات إحتمالية فقد تسفر المفاوضات عن إبرام العقد وتعتبر بأنها مفاوضات ناجحة وقد تفشل ولا يبرم العقد.

في الواقع تتعدد الأسباب التي تؤدي إلى فشل التفاوض، فقد تصل المفاوضات الجارية بين الطرفين إلى مرحلة تصاب فيها بالجمود التام[1]، إذ تتوقف المفاوضات عن السير إلى الأمام ويرجع ذلك إلى اللامبالاة وعدم الإهتمام المتبادل من الطرفين بالعملية التفاوضية، وخاصة إذا تأكد لهما أنه لا فائدة من الإستمرار في هذه المفاوضات ، ويصبح ما توصلا إليه من نتائج في طي النسيان ويبقى مصير هذه المفاوضات مجهولا، فلا يمكن معرفة إن كانت هذه المفاوضات ستستمر في المستقبل أم لا ؟.

وأحيانا أخرى قد يرجع سبب فشل التفاوض هو وصول المفاوضات إلى طريق مسدود[2]، فالمعروف أن المفاوضات تقوم أساسا على التقريب بين وجهات النظر المتقابلة للوصول إلى حل وسط يرضي طرفي التفاوض، لكن نتيجة تصلب أطراف التفاوض في الرأي ورفض كل طرف تقديم أية تنازلات، مما يجعل استحالة توصل الطرفين إلى اتفاق وبالتالي تصبح هذه المفاوضات غير مجدية مما يفرض على طرفيها وضع حد لها.

أما السبب الأهم والشائع في الحياة العملية والذي يؤدي بدوره إلى فشل المفاوضات هو قطع المفاوضات.

إذن سنتطرق أولا إلى تحديد المقصود بقطع المفاوضات وثانيا صور قطع المفاوضات.

أولا : المقصود بقطع المفاوضات:

في الواقع أن قطع التفاوض هو أكثر الأسباب التي تؤدي إلى فشل التفاوض في الحياة العملية والذي ينجر عنه عدة مشكلات قانونية، وعليه فمالمقصود بقطع المفاوضات ؟

إن قطع المفاوضات هو قيام أحد طرفي المفاوضة بوضع حد للمفاوضات الجارية سواء تم ذلك بعلم من الطـــرف الآخر أو بدون علمه كأن يكـــون القطع فجأة بمعنى أن قطع

---

1) رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص 546.

2) حسام الدين كامل الأهواني ، المرجع السابق، ص 97.

المفاوضات يتم بقرار أحادي الجانب يقرر فيه أحد طرفي المفاوضة إنهاء عملية التفاوض، وقطع التفاوض قد يولد فعل موجب للمسؤولية إذا كان يمثل خطأ[1] وألحق ضررا بالطرف الآخر.

في الأصل إن مرحلة المفاوضات تخضع لمبدأ الحرية التعاقدية، الذي يفترض سير المفاوضات وفق ما تمليه إرادة الأطراف وذلك ما يخول لهم سلطة قطع المفاوضات متى شاؤوا ذلك وهذا ما كرسته مبادئ عقود التجارة الدولية وذلك بالنص على أن المفاوضات يحكمها مبدأ الحرية في المادة 2/15 [2]، وهذا ما قضت به كذلك محكمة النقض الفرنسية الغرفة المدنية الثالثة بتاريخ 1994/01/05 [3].

فأثناء التفاوض يتطلع كل طرف في استبقاء حريته في عدم التعاقد حتى اللحظة الأخيرة، حيث يمكن لأي طرف قطع التفاوض وبدون مسؤولية طالما أن لهذا القطع ما يبرره مثلا إذا ما رأى المتفاوض أن شروط العقد بالصورة التي وصلت إليها لا تحقق مصالحه وتعتبر جائرة في حقه.

لكن السؤال المطروح ما مدى حرية الأطراف في قطع التفاوض؟ بعض الفقه يأخذ للحد من حرية قطع المفاوضات بمعيار المفاوض الجيد (Le bon négociateur) والذي يفرض على المتفاوضين واجب اتباع سلوك المفاوض الجيد أثناء سير المفاوضات، لكن هذا المعيار يبقى غير واضح، ولذا فإن غالبية الفقهاء يميلون إلى الأخذ بمعيار حسن النية (La bonne foi) [4].

حيث أن لحسن النية دورا هاما في المرحلة ماقبل عقدية وذلك لأنها تتدخل في تنظيم سير المفاوضات وإلزام المتفاوضين بإتباع سلوك النزاهة والإستقامة والجدية سواء توصل الأطراف إلى إبرام عقد أم لا. فمبدأ حسن النية يفرض على طرفي المفاوضة أنه في حالة إذا ما قرر أحدهما قطعها أن يلتزم بواجب التهيئة البسيكولوجية للطرف الآخر لمثل هذا الظرف[5] وبالتـــالي فإن حسن النية يوجب على الطرفين متابعة المفاوضات وتفادي كل ما

1) Ph. LE TOURNEAU, op.cit, p 484.
2) Ibid, p 483.
3) Cass 2ème Civ. 5 Janvier 1994, Juris data n° 000039 cités par B.BEIGNIER,op.cit, p 464.
4) Ph. LE TOURNEAU, op.cit, p 483.
5) Ibid, p 484.

من شأنه أن يؤدي إلى فشل التفاوض، والإحتكام إلى العقلانية والجدية وعدم إخضاع سير المفاوضات إلى انفعالات المفاوضين.

ثانيا : صور قطع التفاوض:

في الواقع هناك صورتان لقطع المفاوضات، فإما أن تقطع المفاوضات قبل صدور الإيجاب أو بعد صدوره.

وقبل الخوض في صورتي قطع المفاوضات، لا بد من تحديد مضمون الإيجاب في مرحلة التفاوض، لأن الإيجاب في هذه المرحلة له صبغة خاصة. ففي الوضع المألوف يكون الإيجاب من صنع أحد الطرفين، فإذا ما تضمن الإيجاب جميع العناصر الجوهرية للعقد، ينعقد العقد بمجرد قبول الطرف الآخر، غير أنه في العقود التي تسبقها مفاوضات تجعل الإيجاب من صنع الطرفين، فهو يعبر عن تصور مشترك لكل الموضوعات التي جرت مناقشتها، وبالتالي فهو تصور مشترك لمشـــروع العقد الذي يلزم الطرفين نفسيهما به « فالإيجاب في هذه الحالة يتجرد من صفته ليصبح مجرد دعوة إلى التفاوض غير ملزم ويرمي إلى مناقشة عناصر العقد المقترح »(1).

ولذا فالإيجاب في المفاوضات يطلق عليه وصف الإيجاب المشترك لأنه وليد الارادة المشتركة لطرفي المفاوضة وليس تعبيرا عن الإرادة الفردية لأحدهما ويمكن تعريفه « هو إيجاب يقدمه أحد طرفي المفاوضة بعد أن يجري تعديله أو تحويره من خلال المفاوضات ليتفق مع جهة نظر المتعاقد الآخر»(2) أي أن الإيجاب المشترك يتكون بعد تبادل الإقتراحات والإقتراحات المضادة بين طرفي المفاوضة،وبالتالي « فإنه ليس منطقيا بمناسبة الحديث، عن هذه العقود وصف أحد الطرفين بأنه موجب والآخر باعتباره قابل، فإذا كان الإيجاب كما سلف ذكره يأتي مشتركا، فالقبول يتم بدوره مشتركا ومتبادلا بين الطرفين فهو قبول متبادل بينهما لإيجاب سطرته إراتهما المشتركة »(3).

---

1) محمد ابراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 19.

2) لمزيد من التفصيل أنظر:نفس المرجع ، ص 30.

3) محمد حسين عبدالعال، المرجع السابق، ص 33.

إذن بعد تحديد الصبغة التي يتصف بها الإيجاب في مرحلة المفاوضات سوف نستعرض صورتي قطع المفاوضات دون التطرق للآثار القانونية التي سوف نتناولها في الفصل الثاني.

1 ــ قطع المفاوضات قبل صدور الإيجاب :

قبل أن يتوصل طرفا المفاوضة إلى صيغة الإيجاب المشترك الذي يوجهه أحد الطرفين للآخر، فإنهما يكونان في وضع لم تتحدد أمامهما بعد كل الشروط والمسائل الجوهرية للعقد، ولم تتكون لديهما إرادة باتة في التعاقد بل مجرد إرادة أولية مترددة وغير مستقرة تسعى إلى الوصول إلى مشروع اتفاق، وفي ظل عدم وجود إيجاب فإن إرادة الأطراف تخضع لمبدأ الحرية التعاقدية ويمكن لكل طرف أن يقطع التفاوض متى أراد ذلك.

لكن أحيانا وأثناء بدء التفاوض يقيد الأطراف المتفاوضة أنفسهم بما يسمى بالإتفاقات التمهيدية وهي اتفاقات يبرومونها فيما بينهم ويلتزمون بمقتضاها بمتابعة التفاوض وإتمامه(1). فتكون هذه الإتفاقات مصدرا لإنشاء الثقة لدى الطرف الآخر في حتمية مواصلة المفاوضات ويتضاعف الأمل بقرب التعاقد، فيكون القطع الفجائي للمفاوضات في هذه الحالة سببا في هدم الثقة وخرقا لمبدأ حسن النية المفروض اتباعه أثناء سير المفاوضات، وهذا ما ذهب إليه قــرار فرســاي (Arrêtée de Versailles) بتاريخ 21 سبتمبر 1995، إذ نص على أنه « في اطار العلاقات المبرمة عن طريق رسالة النوايا أو مشروع العقد أو ما قبل العقد، كل طرف عليه واجب السير وفق حسن النية اتجاه الشريك الآخر، وأن يكون لديه الرغبة في إجراء مفاوضات حسنة أو تقديم مبررات جادة عن عدم متابعتها »(2).

وحتى في حالة غياب اتفاقات تمهيدية بين الأطراف تلزمهم بمتابعة التفاوض يبقى دائما الأطراف يخضعون لمبدأ حسن النية وما يترتب عنه من واجب الأمانة والنزاهة والإستقامة والجدية وعليه فإنه قبل صدور الإيجاب يمكن للأطراف قطع المفاوضات ولكن بدون الضرر بمصالح الطرف الآخر وأن يكون هذا القطع له مبرراته وإلا اعتبر صاحب القطع خرق الالتزام المفروض عليه بمتابعة التفاوض وهو التزام متفرع عن الالتزام الأساسي وهو الالتزام بالتفاوض بحسن نية.

---

1) فيما يتعلق بالإتفاقات التمهيدية، أنظر: ص 105 من هذه المذكرة.

2) Arrêter de Versailles du 21 Sept. 1995, Juris-Data n° 049781, cité par B. BEGNIER, op.cit, p 464.

فإذا كانت المرحلة السابقة لصدور الإيجاب تحتكم إلى حد ما إلى إرادة الأطراف فالأمر يختلف بعد صدور الإيجاب وانتظار التفاوض بشأنه.

2 ــ قطع المفاوضات بعد صدور الإيجاب :

قد يتمكن المتفاوضون خلال سير المفاوضات من التوصل إلى صياغة المشروع المشترك، فيقوم أحد الطرفين بتوجيه هذا المشروع إلى الطرف الآخر في صورة إيجاب مع إمكانية إعادة التفاوض بشأنه.

ففي هذه المرحلة هل الموجب ملزم بالإبقاء على إيجابه أم هو حر في التراجع عنه ؟، وهل يمكن الموجه إليه الإيجاب رفض هذا الإيجاب ؟.

فالأصل إذا كان الموجب صدر منه إيجابا موجها إلى الطرف الآخر دون تعيين ميعادا للقبول فهنا على حد تعبير الأستاذ عبدالرزاق السنهوري يعد الإيجاب قائم غير ملزم[1] بمعنى أنه لا يلزم صاحبه بالإبقاء عليه وله أن يعدل عنه سواء قبل أن يتصل بعلم من وجه إليه وبعده طالما أن قبولا لم يصدر بعد ممن وجه إليه الإيجاب، وهذا ما أكدته المادة 64 من ق.م.ج التي تنص على أنه « إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل للقبول، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى أخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل ». فمن خلال نص المادة يفهم أن الإيجاب غير المقيد بمدة يمكن للموجب أن يتحلل منه ما لم يلق قبول فوري" ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يبقى على إيجابه ويقصد بالفورية الوحدة الزمنية المناسبة للرد على الإيجاب بما في ذلك الوقت اللازم للتفكير فيه قبل الرد "[2].

لكن أحيانا إذا عين ميعاد للقبول يلتزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي الميعاد وهذا ما ورد بنص المادة 63 ق.م.ج « إذا عين أجل للقبول إلتزم الموجب بالبقاء على إيجـــابه إلى انقضاء هذا الأجل. وقد سيتخـــلص الأجل من ظروف الحال أو من طبيعة

1) عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 210.

2) حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 120.

المعاملة» فحسب نص المادة إن الإيجاب يستمد قوته الملزمة من الإرادة المنفردة ويعتبر إيجابا ملزما [1] فالموجب قد يلتزم صراحة في إيجابه بالبقاء عليه مدة معينة، إذ يمنح للموجب له مهلة للتفكير أو لتدبير أمره وتحديد موقفه من الإيجاب، وأحيانا قد يكون تحديد الميعاد ضمنا يستفاد من مجموع الظروف المحيطة أو من طبيعة المعاملة أو من طبيعته، فإذا عرض مالك آلة أن يبيعها تحت شرط التجربة فمن الميسور أن يستفاد من ذلك أنه قصد الإرتباط بإيجابه طوال المدة اللازمة للتجربة وعند النزاع في تحديد الميعاد يترك الأمرللقاضي[2].

وقد يكون مصدر إلزام الموجب بالبقاء على إيجابه مدة معينة هو نص القانون وهذا ما جاء به قانون إعلام المستهلكين وحمايتهم في مجال بعض عمليات الإئتمان في فرنسا الصادر بتاريخ 10 جانفي 1978 حيث تنص المادة 1/05 منه « أن تسليم الإيجاب يلزم المقترض بالحفاظ على الشروط التي يبينها خلال مهلة دنيا لأربعة عشرة يوما من تاريخ إصداره » [3].

فالإيجاب الملزم، لا يجوز للموجب أن يعدل عنه، لأن القانون قد ألزم الموجب بالبقاء على إيجابه طيلة المدة المحددة، لكن السؤال الذي يطرح ما مصير الإيجاب في حالة وفاة الموجب ؟

فلا شك أن الإيجاب يستقل عن صاحبه بمجرد صدوره ويظل قائما عملا بأحكام المادة 62 من ق.م.ج « إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير آثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل » .

لا صعوبة إذا لم يكن الموجب ملزم بالبقاء على إيجابه مدة معينة، فإذا لم يلحقه قبول فوري فإن الإيجاب يسقط بوفاة الموجب.

أما إذا كان الموجب ملزم بالبقاء على إيجابه مدة معينة صراحة أو ضمنا فيذهب بعض الفقه إلى أن التزامه بالبقاء على إيجابه ينتقل إلى الورثة[4]. فورثة الموجب مطالبـــون

---

1) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 210.
2) نفس المرجع،ص210.
3) جاك غستان، المرجع السابق، ص 312.
4) نفس المرجع ، ص 315.

بنفس الالتزامات المحمولة على مورثهم ولكن الإشكالية قد يحصل أن يكون هؤلاء الورثة غير مطلعين على جزئيات المشروع ويفتقدون للكفاءة اللازمة للمناقشة، مما يفتح المجال للمتفاوض الآخر لإستغلال نقطة هامة في توجيه إرادة الورثة ويوقعهم في تغرير دون أن يتفطنوا إلى ذلك أو يتعمد إلى إفشاء المعلومات السرية التي أدلى بها المورث عند تفاوضه معه وأن الحل الناجع لهذه الفرضية يكمن في تعيين الورثة لموكل يتفاوض لفائدتهم حتى يتجنبوا الوقوع في مثل هذه المشاكل[1]. فقطع المفاوضات بعد صدور الإيجاب يتخذ شكلين :

أما الشكل الأول، وهو عدول الموجب عن إيجابه عدولا مجردا، أي دون أن يتقدم بعرض جديد، ودون أن يلتفت إلى ما قدمه الطرف الآخر من عروض، إذ لا يمنح فرصة للطرف الآخر بدراسة هذا الإيجاب لكي يصدر قبول.

أما الشكل الثاني ، هو رفض الموجب له الإيجاب رفضا مجردا ولم يقدم هذا الأخير أي اقتراح أو شروط جديدة، فهنا يستشف أن الموجب له يرفض الإستمرار في التفاوض، وهذا بعكس إذا ما كان رفض الموجب له مقترنا باقتراح مضاد أو شروط جديدة، فهذا لا يعد قطعا للتفاوض بل يعد إيجابا[2] ويمكن أن يقترن بقبول أو يكون كأساس للتفاوض بشأنه من جديد.

وعليه يعتبر العدول عن الإيجاب في مرحلة التفاوض أو رفضه رفضا مجردا قطعا للتفاوض، لأنه بمجرد صدور الإيجاب تخلق ثقة مشروعة لدى الطرف المقابل بمتابعة التفاوض وإتمامه وبالتالي يعتبر كل خرق لهذه الالتزامات تعديا على مبدأ حسن النية.

1) A. COHERIER, op.cit, p 82 et s.

2) تنص المادة 66 من ق.م.ج « لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجابا جديدا ».

المبحث الثاني

موقف الفقه التقليدي في تأصيل الطبيعة القانونية للمسؤولية الناشئة عن قطع المفاوضات

منذ أوائل القرن العشرين أصبح التفاوض على العقد، محط أنظار الفقهاء، حيث بدأ الفقه المقارن يولي أهمية لدراسة المسؤولية الناشئة عن قطع المفاوضات وذلك نظرا لأهمية مرحلة التفاوض وتأثيرها على مستقبل العقد.

لكن الشيء الملاحظ هو اختلاف الفقهاء في تأصيل الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية الناشئة عن قطع المفاوضات، فمنهم من اعتبرها مسؤولية تقصيرية ومنهم اعتبرها مسؤولية عقدية...الخ، وفي هذا الشأن ظهرت عدة نظريات فقهية، ومنها من ذاع صيتها وتواتر الشراح على ذكرها وهم بصدد الحديث عن الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية الناشئة في مرحلة المفاوضات.

ولذا سنحاول بدورنا أن نتطرق لأهم النظريات التقليدية التي قيلت ونرى مدى مساهمتها في تأصيل الطبيعة القانونية للمسؤولية الناشئة عن قطع المفاوضات وعليه سيحتوي هذا المبحث على ثلاثة مطالب هي :

المطلب الأول : نظرية الخطأ عند تكوين العقد (نظرية إيرنج)

المطلب الثاني : نظريات أخرى في الفقه الألماني.

المطلب الثالث : نظرية فاجيلا في الفقه الإيطالي.

المطلب الأول

نظرية الخطأ عند تكوين العقد

(Culpa in contrahendo)

تعتبر نظرية الخطأ عند تكوين العقد[1] من أهم النظريات التي أقرت بوجود المسؤولية في المرحلة ما قبل عقدية، وقد حققت هذه النظرية من الشهرة والإنتشار مما جعلها تتبوء مكانة هامة ومرموقة بين نظـريات القانون المدني المـقارن ويـرجع الفضل في صياغـتها إلى الفقيه الألماني المعروف (Rodalf. Von. Ihering) وذلك عام 1860 [2].

ونستعرض فيما يلي مضمون النظرية وآثارها في القوانين الحديثة، ثم نتعرض لأهم ما وجه إليها من نقد ومدى اتصالها بمرحلة المفاوضات.

أولا : مضمون النظرية :

ترتكز هذه النظرية التي جاء بها إيرنج [3] في ان كل شخص يقدم على التعاقد ويكون هو السبب في بطلانه، بحيث يقيم مظهرا كاذبا ليطمئن إليه المتعاقد الآخر، يلتزم بتعويض هذا الأخير بمقتضى العقد الباطل، أي أن المسؤولية عن هذا الخطأ عقدية بمقتضى العقد الباطل نفسه[4].

---

1) أنظر في هذه التسمية: « نظرية الخطأ عند تكوين العقد » عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 503.
ومحمد عبدالظاهر حسين، المرجع السابق، ص 766.
وأنظر في تسميتها : « نظرية المسؤولية العقدية في مرحلة التفاوض » محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 34.

2) A. COHERIER, op.cit, p 60.

3) أنظر تسمية: إيرنج وليس اهرنج، محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 34.

4) محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 39.

والأسباب التي جعلت ايرنج يؤسس المسؤولية ما قبل عقدية على أساس الخطأ عند تكوين العقد، هو أن القانون الروماني كان في ألمانيا هو القانون المعمول به في عهده ولم يكن هذا القانون يسلم بأن كل خطأ يرتب مسؤولية مدنية بل كانت الأعمال الضارة التي توجب التعويض مقيدة بشروط قانون (Aquilia) فلم يستطع ايرنج أن يقرر ان العقد الباطل كواقعة مادية يعتبر خطأ يوجب التعويض، ولكنه نقب في نصوص القانون الروماني فعثر على بعض النصوص التي تقضي برجوع أحد المتعاقدين في العقد الباطل على الآخر بمقتضى دعوى العقد ذاتها. إضافة إلى هذه النصوص فقد صدر حكم من محكمة كولونيا بألمانيا فكان هذا الحكم السبب المباشر الذي دفع ايرنج إلى وضع نظريته « الخطأ عند تكوين العقد » وتتلخص فحوى الدعوى التي صدر شأنها ذلك الحكم في : أن تاجرا أرسل إلى المصرف الذي يتعامل معه برقية يأمره فيها بأن يبيع لحسابه أوراقا مالية معينة ولكن البرقية التي وصلت إلى المصرف ثبت فيها على سبيل الخطأ الفعل (Kaufen) أي يشتري بدلا من الفعل (Verkaufen) أي يبيع، فسقط سهوا من البرقية مقطع (Ver)، فقام المصرف بشراء العدد المحدد من الأوراق المالية لحساب التاجر بدلا من أن يبيع. وحدث وأن انخفضت أسعار هذه الأوراق المالية، فطالب المصرف الزبون بفارق السعر، لكن التاجر تمسك ببطلان الوكالة لعدم مطابقة الإيجاب للقبول، إلا أن المحكمة لم تأخذ بإدعائه وقضت ضده بالتعويض(1).

واستخلص ايرنج من ذلك أن العقد بالرغم من بطلانه ينشئ التزاما بالتعويض كعقد لا كواقعة مادية(2). حيث رسم مبدأ عاما يقضي : « إنه مجرد إلتقاء طرفين سعيا وراء إبرام عقد معين يعني اتفاقهما ضمنا على عقد أولي يتعهد كل منهما بمقتضاه بألا يأتي من جانبه ما يمكن أن يحول دون التوصل إلى إبرام العقد المنشود صحيحا، منتجا لآثاره المقصودة، فإذا أخفق الطرفان من بعد في الوصول إلى العقد المنشود أو اتضح بطلان هذا العقد لسبب يرجع إلى أحد طرفيه، كان هذا الطرف مسؤولا عن ذلك أمام الطرف الآخر، وكانت مسؤوليته عقدية »(3).

---

1) محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 36.

2) عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 505.

3) مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2001، ص17.

وما يميز نظرية ايرنج أنه أضفى على الخطأ والضرر والعلاقة السببية صبغة خاصة.

أما الخطأ في نظرية ايرنج فيتمثل في إقدام المتعاقد من أتى سبب البطلان من جهته على التعاقد، وكان واجب عليه أن يعلم بما يحول دون هذا التعاقد من أسباب توجب بطلان العقد. على أنه حتى لو فرض أن هذا المتعاقد كان لا يستطيع أن يعلم بسبب البطلان فيبقى أن ضررا وقع، وأنه من العدل أن يتحمله هو وقد وجد سبب البطلان في جانبه، لا أن يتحمله المتعاقد الآخر وهو حسن النية ولم يكن في موقف يستطع فيه أن يكشف هذا السبب، فوجود سبب البطـــلان في جانب أحد المتعاقدين هو في ذاته خطأ (Culpa) يوجب التعويض[1].

إذن فالأساس الذي تقوم عليه نظرية الخطأ عند تكوين العقد هو الالتزام باليقظة عند التعاقد (Diligentia in contrahendo)[2] وهو أن يبذل المتعاقد اليقظة اللازمة لضمان إبرام عقد صحيح، فالحماية القانونية من خطأ المتعاقد لا تقتصر على العلاقة العقدية القائمة بالفعل بل تشمل أيضا العلاقات العقدية الناشئة أي التي في طور الإنعقاد.

ويعتبر حسب نظرية ايرنج أن المتعاقد المسؤول عن البطلان قد أخل بعقد الضمان الذي إلتزم بمقتضاه هذا المتعاقد أن يكفل للمتعاقد الآخر صحة التعاقد، وأن لا يقوم من جانبه سبب يوجب بطلان العقد، ورضاء المتعاقد الآخر أن يتعاقد معه، إنما هو قبول ضمني لهذا التعهد، فيتم عقد الضمان بإيجاب وقبول ضمنين.

إذن أهم ما يميز نظرية ايرنج أنه يترتب على العقد الباطل أثر أصليا لا باعتباره واقعة مادية بل على أساس أنه عقد.

أما التعويض فقد أضفى عليه ايرنج لونا خاصا، إذ أن التعويض لا يكون كاملا كما في التعويض عن العقد الصحيح.

---

1) عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 506.

2) Ph. LE TOURNEAU, op.cit, p 481.

فالتعويض عن العقد الصحيح يكون عن المصلحة الإيجابية (Intérêt positif) وهي أن للمتعاقد مصلحة في قيام العقد، ومن ثم تنفيذه ولو تقاعس المتعاقد الآخر عن التنفيذ، يمكنه المطالبة بتعويض يساوي ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب كنتيجة لعدم التنفيذ، بمعنى الحصول على تعويض يعادل ما كان سيحصل عليه لو تم تنفيذ العقد ولذا تسمى المصلحة الإيجابية[1]. والتي لا تكون للمتعاقد إلا إذا قام العقد صحيحا.

أما إذا وقع العقد باطلا يكون للمتعاقد المضرور سوى مصلحة في عدم إبرامه ويكون له الحق في المطالبة بتعويض عما لحقه من ضرر من جراء اعتقاده صحة العقد وهو الحصول على تعويض يعيده إلى الحالة التي كان سيصبح عليها لو لم يوجد العقد مطلقا وتسمى بالمصلحة السلبية (Intérêt négative) [2].

ويأتي ايرنج بمثل يبين الفرق بين التعوضين : هو أن شخصا حجز غرفة في فندق ليوم معين وتخلف عن الحضور. فإذا كان العقد صحيحا كان مسؤولا عن تعويض المصلحة الإيجابية أي الضرر الذي أصاب الفندق من عدم تنفيذ العقد، فيدفع أجرة الغرفة، إما إذا كان العقد باطلا كأن يكون شخص حجز غرفة في فندق ليوم معين عن طريق برقية، ثم تخلف عن الحضور نظرا لوقوع غلط في البرقية التي ذكرت يوما غير اليوم الذي يقصده، وكان صاحب الفندق قد رفض تأجير هذه الغرفة لزبون آخر في ذات اليوم اعتمادا منه على صحة البرقية، فإن لصاحب الفندق أن يطالب هذا الزبون بأجرة الغرفة تعويضا عن الضرر الذي أصابه من جراء توهمه صحة العقد ليعود بهذا التعويض إلى الحالة التي كان عليها لو لم يوجد هذا المظهر الكاذب من التعاقد ويترتب عن ذلك أنه لا يرجع بتعويض إلا إذا أثبت أن الغرفة قد طلبها آخرون فرفض الطلب لإعتقاده أن الغرفة محجوزة وهذا عكس الحال إذا كان العقد صحيحا فإنه يرجع بأجرة الغرفة سواء طلب الغرفة آخرون أم لا [3].

---

1) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 506.

2) A. COHERIER, op.cit, p 64.

3) عبد الرزاق السنهوري ،المرجع السابق ، ص 507 .

وعادة ما يكون التعويض عن المصلحة السلبية أقل من المصلحة الإيجابية ويضرب إيرنج مثلا لذلك تاجر باع عشرة صناديق من (السجائر) وكان العقد صحيحا ولكن المشتري لم ينفذه، فللبائع أن يطلب تعويضا عن المصلحة الإيجابية أي الربح الذي سيجنيه من الصفقة والخسارة التي لحقته من عدم تنفيذ العقد كما لو تكبد نفقات في ارسال الصناديق واستردادها.

أما إذا كان العقد باطلا، بأن كان المشتري لم يطلب إلا صندوقا واحدا مثلا ولكن وقع في خطأ مادي في الرسالة فجعل البائع يعتقد أن المطلوب هو عشرة صناديق، فإن التعويض الذي يطلبه البائع يكون عن المصلحة السلبية حتى يعود للحالة التي كان عليها لو لم يوجد مظهر هذا التعـاقد، فيرجع بنفقـات إرسال الصناديق واستردادها دون المكسب الذي كان يربحه لو تمت الصفقة، فالتعويض عن المصلحة السلبية هنا أقل من التعويض عن المصلحة الإيجابية[1]

وقد يكون التعويض عن المصلحة السلبية مساويا للتعويض عن المصلحة الإيجابية وهذا في حالة ما إذا كان التعويض عن المصلحة السلبية ينطوي على عنصرين الخسارة التي لحقت بالدائن والكسب الذي فاته.

فإذا فرض انه عرض على التاجر صفقة لبيع الصناديق العشرة بالثمن ذاته وامتنع ظنا منه أن الصفقة الأولى قد تمت، ففي هذه الحالة يرجع أيضا بالمكسب الذي فاته مع المصروفات التي أنفقها، على أن التعويض عن المصلحة السلبية قد يكون في بعض الفروض منعدما، ففي المثال الذي نحن بصدده إذا فرض أن التاجر تبين له بطلان العقد قبل أن يرسل الصناديق إلى المشتري وقبل أن تعرض عليه صفقة أخرى، فإنه لا يتقاضى تعويض إذا لم يفته كسب ولم يتكبد خسارة[2].

وقد تأثرت بعض القوانين الحديثة بنظرية ايرنج منها القانون الألماني الذي أخذ بنظرية ايرنج ولكن لا كنظرية عامة، وإنما في مواطن متفرقة، فقد أخذ بها في المادة 122 مدني ألماني التي تنص عن حالة بطلان العقد لعدم جدية إعلان الإرادة، وحالة الغلط في نقل إعلان الإرادة.

1) عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص507.

2) نفس المرجع، ص 508.

أما في المادة 307 مدني ألماني فجاءت تنص على حالة بطلان العقد لإستحالة المحل، ففي هذه الحالة يلتزم المتعاقد الذي تسبب في بطلان العقد بالتعويض للطرف الآخر عما أصابه من ضرر من جراء اعتقاده صحة التعاقد[1]. غير أن القانون الألماني لم يجعل المسؤولية في هذه الحالات مسؤولية عقدية وفقا لرأي إيرنج، فقد جعل المسؤولية في الحالات الواردة في المادة 122 مسؤولية مادية، حيث أعطى للطرف المضرور في هذه الحالات الحق في التعويض حتى وإن كان الضرر راجعا لسبب أجنبي لا يد للطرف الآخر فيه. كما أنه جعل المسؤولية في الحالة الواردة في المادة 307 مسؤولية تقصيرية، أي قائمة على الخطأ واشترط لقيام المسؤولية أن يكون المدعى عليه مخطئا، أي أن يكون أقدم على التعاقد وهو عالم أو كان يجب أن يكون عالما باستحالة المحل.

وعليه فإن القانون الألماني وإن كان أخذ بنظرية إيرنج في المادتين 122 و 307 إلا انه لم يبني هذه المسؤولية على خطأ عقدي كما فعل إيرنج بل جعلهامسؤولية غير عقدية[2].

أما في فرنسا فإن نظرية الخطأ عند تكوين العقد لم تتجاوز حدود الحوار الأكاديمي[3] إلا أن هناك قلة من الفقهاء الفرنسيين منهم الفقيه LABBE [4] يميلون إلى الأخذ بنظرية ايرنج ويعتبرون أن المسؤولية عن بطلان العقد مسؤولية عقدية، واستندوا في ذلك إلى نص المادة 1599 من القانون المدني الفرنسي والمتعلقة ببطلان بيع ملك الغير والتي تقضي بأن بيع ملك الغير باطل ويترتب عليه جواز الحكم بالتعويض إذا كان المشتري يجهل أن الشيء المبيع مملوك للغير، دون أن تفرق بين إذا كان البائع حسن النية أو سيء النية، حيث يقول هؤلاء الفقهاء أن القانون الفرنسي أخذ بنظرية ايرنج من خلال هذه المادة، إذ أن الالتزام بالتعويض في هذه الحالة ليس مصدره خطأ البائع لأن هذا الأخير يلتزم بالتعويض ولو كان حسن النية، وإنما مصدره حسب سالي هو عقد ضمان ضمني يلتزم

---

1) A. BETTAIB, La sanction de la faute précontractuelle, Mémoire DEA en droit des affaires, non publié, Tunis, 1997, p 9.

2) رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص 218.

3) Ph. LeTOURNEAU, op.cit, p 482.

4) A. COHERIER, op.cit, p 78 et s.

بموجبه المتعاقدان بضمان صحة العقد[1]، غير أن جمهرة الفقهاء الفرنسيون لا يأخذون بنظرية ايرنج ويرون أنه في حالة ما إذا كان العقد باطلا، إن من أتى سبب البطلان من جهته لا يكون مسؤولا إلا إذا أثبت خطأ في جانبه طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية[2].

أما فيما يخص القانون المدني الجزائري، فإنه حذا حذو القانون المدني الفرنسي ولم يأخذ بنظرية الخطأ عند تكوين العقد.

وقد أفرد المشرع الجزائري لنظرية بطلان العقد مكانا خاصا حيث جمع فيه النصوص الرئيسية التي ترسم القواعد العامة في بطلان العقد تحت عنوان إبطال العقد وبطلانه، وقبل معرفة الجزاء الذي يرتبه القانون المدني الجزائري في حالة بطلان العقد، لا بد أن نحدد ما معنى بطلان العقد ؟.

يمكن تعريف بطلان العقد بأنه « ذلك الجزاء الذي يرتبه القانون على تخلف ركن من أركان العقد أو تخلف شرط من شروط الإنعقاد أو الصحة » [3].

أو كما عرفه الأستاذان BOULANGER et RIPERT بأنه « الوسيلة التي بها يمكن تحقيق حماية القواعد القانونية»[4]. فمن هذا التعريف يظهر أن للبطلان، دورين، دور جزري ويتمثل في منع التصرف الذي لم تراع فيه متطلبات القانون من انتاج أي أثر في الماضي أو في المستقبل. ودور وقائي فيظهر في أحجام الأفراد عن ابرام عقد يكون عرضة للبطلان في مرحلة لاحقة. ولذا فإنه يترتب على بطلان العقد اعتبار أن العقد كأن لم يكن.

وقد نص المشرع الجزائري على هذا الأثر في المادة 103 المعدلة من ق.م.ج والتي تنص على انه « يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو ابطاله، فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل »، فليس المقصود من هذه المادة التعويض عن المصلحة السلبية المعروفة في نظرية الخطأ عند تكوين العقد، بل أن يرد كل من المتعاقدين ما تسلمه من الآخر مثال إذا كان العقد بيعا إلتــزم البائع برد الثمن والمشتري

1) عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 509.
2) نفس المرجع، ص 509.
3) محمد سعيد جعفور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومة للنشر والتوزيع والطباعة، الجزائر، 2003، ص 38.
4) نفس المرجع، ص 39.

برد المبيـــع وثمراته من يوم المطالبة القضائية[1] دون أي تعويض، أي عن مصلحة إيجابية أو سلبية، إلا إذا ثبت في جانب المسؤول خطأ تقصيري أو تعذر الرد كهلاك الشيء المبيع مثلا، فيجوز حسب نص المادة المذكورة اعلاه الحكم بتعوض معادل.

أما فيما يتعلق بنص المدة 399 من ق.م.ج التي تنص على أنه « إذا أبطل البيع في صالح المشتري بمقتضى حكم وكان المشتري يجهل أن البائع كان لا يملك المبيع فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية » ذلك لأن المشرع قد اعتبر أن بيع الشخص لشيء غير مملوك له يعتبر في حد ذاته خطأ تقصيري يوجب التعويض ولو كان هذا الشخص حسن النية.

ثانيا : نقــد النظريـــة:

لقد تعرضت نظرية ايرنج (الخطأ عند تكوين العقد) إلى نقد شديد، حيث اعتبرها بعض النقاد أنها خلقت ما يسمى بالخيال القانوني (Une fiction juridique)[2] لتبرير الأعمال بالمسؤولية العقدية وذلك عن طريق ما يسمى بالإتفاق الضمني، وقد تعرضت هذه الفكرة إلى نقد حاد إذ اعتبرها الفقهاء الفرنسيون خيال محض (pure fiction)[3]

لا أثر للحقيقة فيه، إذ أن هذا الإتفاق غير موجود في الواقع، ولم يفكر المتعاقدان فيه مطلقا، وعلى فرض أنه موجود فهو لا يعدوأن يكون اتفاقا ثانويا تابعا للعقد الأصلي، ومن ثم فإن افتراض بقاءه صحيحا ونافذا رغم بطلان العقد الأصلي لا يخلو من التناقض[4].لأن هذا الإتفاق الضمني يتطلب لوجوده توافر نفس الشروط اللازمة لوجود العقد الأصلي، خاصة توافق الإرادتين، فمثلا إذا كان العقد الأصلي قد تم ابطاله أو تقرر بطلانه لنقص أهلية أحد المتعاقدين أو انعدامها فلن يكون مقبولا أن يظل هذا المتعاقد ملتزما بالإتفاق الضمني لكونه غير ملتزم بالعقد الأصلي لأن نقص الأهلية أو انعدامها يؤثر في الإتفاق الضمني مثل العقد الأصلي، ونفس الحال إذا كان العقد الأصلي باطلا لعدم جدية الإرادة، لأن من كان هازلا في

1) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 269

2) J.GESTIN, Traite de droit civil, la formation du contrat, 3ème éd, L.G.D.J, Paris, 1993, p 250.

3) Ph. TOURNEAU, op.cit, p 481.

4) A. COHERIER, op.cit,p 66.

الإتفاق الصريح يكون أكثر هزلا في الإتفاق الضمني[1].

ولهذا رفض جمهور الفقهاء في فرنسا الأخذ بهذه النظرية[2] واعتبروا أن قواعد المسؤولية التقصيرية هي وحدها الواجبة التطبيق، إذا ما اقترن العدول عن التعاقد أو صاحب بطلان العقد خطأ اقترفه أحد الطرفين وألحق ضررا بالطرف الآخر، ذلك لأن االمسؤولية التقصيرية هي الشريعة العامة للمسؤولية المدنية، وقد أخذ بهذا الرأي كذلك الأستاذ السنهوري[3].

وقد ذهب السنهوري في تأصيل بطلان بيع ملك الغير إلى تأييد الرأي الذي يرى أن هذا البطلان جاء نتيجة لنص خاص ولعلة معقولة وهذا بخلاف بعض الفقهاء الذين يرجعون ابطال عقد بيع ملك الغير إلى نظرية الخطأ عند تكوين العقد، إذ يرى الأستاذ السنهوري، أنه لما قرر التقنين الفرنسي بعبارة حاسمة أن البيع ينقل الملكية، وبنص المشرع على أن بيع ملك الغير قابل للإبطال، لأن بيع ملك الغير منافيا لطبيعة عقد البيع ولذلك جزاؤه أن يكون هذا العقد قابل للإبطال حماية للمشتري، فالعلة في كون عقد بيع ملك الغير قابل للإبطال هي منافاة هذا العقد لطبيعة البيع ما يجعل منها سببا لإبطال العقد، فسبب ابطال العقد وفقا للقواعد العامة ليس إلا نقص الأهلية أو عيب من عيوب الرضا، لذلك كان لا بد من نص خاص ينشئ بطلان بيع ملك الغير، ولذا فإن الأستاذ السنهوري يرى أن بطلان بيع ملك الغير بطلان خاص بعقد البيع لا يستمد من القواعد العامة وأنشأه نص تشريعي صريح واستند في انشائه إلى علة معقولة[4].

فالمسؤولية العقدية هي مسؤولية استثنائية ولا يمكن أن تقوم إلا بوجود عقد صحيح بين المضرور والمسؤول، فهي جزاء الإخلال بالالتزام الناشئ عن هذا العقد ومن ثمة تظل الفترة السابقة على إبرام العقد خارجة عن نطاقها، أما العقد الباطل فلا يعدو أن يكون واقعة

---

1) عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 511.

2) Ph. LE TOURNEAU, op.cit, p 482.

3) عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 512.

4) عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، (العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة)، المجلد الأول، ج4، دار احياء التراث العربي بيروت، (د.ت)، ص 284.

مادية قد يستكمل عناصر الخطأ التقصيري فيوجب التعويض ويكون في هذه الحالة العقد الباطل أنتج أثرا عرضيا باعتباره واقعة مادية لا بإعتباره عقدا[1].

خلاصة القول إن نظرية ايرنج تتعلق، بمسألة التعويض عن بطلان العقد أي أن يكون الطرفان قد تبادلا الإيجاب والقبول نهائيا ويتضح بعد ذلك أن العقد باطل وذلك إما لعدم مطابقة الإيجاب للقبول، أواستحالة المحل أو لأنه غير مشروع، اما قبل الإبرام العقد وتبادل الإيجاب والقبول لا يمكن لأحد المتفاوضين أن يدعي أنه تضرر من جراء اعتقاده صحة العقد لأنه لا يوجد عقد بعد وبالتالي يستحيل تأسيس المسؤولية على اتفاقية ضمنية التي يتبين فيما بعد أنها ضد إرادة أطراف التفاوض. إذن فنظرية الخطأ عن تكوين العقد التي جاء بها ايرنج لا علاقة لها بمرحلة التفاوض على العقد ولا يمكن الإستناد إليها لتأصيل الطبيعة القانونية للمسؤولية الناشئة عن قطع المفاوضات.

المطلب الثاني

نظريات أخرى في الفقه الألماني.

إضافة إلى نظرية إيرنج فالفقه الألماني غني بالعديد من النظريات الأخرى التي جاءت بشأن إيجاد أساس آخر للمسؤولية قبل العقدية وذلك لتفادي العيوب التي شابت نظرية إيرنج.

أولا : نظرية تحمل التبعة (Risque Contractuel)

صاحب هذه النظرية الفقيه الألماني WINSHEID [2]، ومضمون هذه النظرية أن كل شخص يقدم على التعاقد، باتخاذه زمام المبادرة يتحمل تبعة نشاطه التعاقدي، فيكون مسؤولا عن الأضرار الناجمة عنه، والتي تلحق بالطرف الآخر أو حتى بالغير نتيجة عدم قيام العقد أو بطلانه بغض النظر عن الأسباب التي أدت إلى بطلان العقد أو عدم قيامه.

---

1) عبدالرزاق السنهوري، شرح القانون المدني، ج1، المرجع السابق، ص 512.

2) رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص 233 وما يليها.

فيجب أن يتحمل تبعة النشاط التعاقدي الطرف البادئ به وتنعقد مسؤولية البادئ بالنشاط التعاقدي بمجرد حدوث ضرر منه، حتى ولو لم يكن مخطئا أو حتى ولو كان حسن النية لا يعلم بسبب الضرر، لكن يستطيع أن يدفع المسؤولية عن نفسه بإثبات أن هذا الضرر ناشئ عن خطأ المضرور كأن يثبت أن هذا الأخير قد مضى في التعاقد مع علمه بإستحالة المحل.

وفي الحقيقة أن هذه النظرية لا تختلف كثيرا عن نظرية ايرنج، فكلتا النظريتان تتفقان في النتيجة وتختلفان في أساس المسؤولية وعبء الإثبات، فإذا كانت نظرية ايرنج تقيم المسؤولية عن بطلان العقد على أساس الإخلال بالالتزام باليقظة عند التعاقد، وتجعل المسؤولية عقدية، فإن نظرية فينشيد تقيم مسؤولية البادئ بالنشاط التعاقدي على أساس تحمل تبعة هذا النشاط ولذا فإنها تجعل المسؤولية مادية وليست عقدية.

فضلا عن أن عبء الإثبات يقع على المضرور في نظرية ايرنج، وذلك بأن يثبت أن المسؤول أخل بالتزامه باليقظة عند التعاقد، أما نظرية فينشد فيكفي أن يقوم المضرور بإثبات الضرر الذي أصابه لكي تقوم مسؤولية البادئ في النشاط التعاقدي، ويمكن لهذا الأخير نفي هذه المسؤولية بإقامة الدليل على إهمال المضرور أو علمه بما عاق قيام العقد أو أدى إلى بطلانه[1].

وقد جاءت نظرية فينشيد بميزتين، الأولى هي سهولة الإثبات، فقد كفلت نظرية تحمل التبعة العقدية للطرف المضرور طريقا سهلا للإثبات، حيث اكتفت لقيام المسؤولية أن يثبت المضرور وقوع ضرر له من جراء النشاط التعاقدي الذي بادر إليه المسؤول، وهذا أمر سهل، إذ أن الضرر غالبا ما يكون ماديا يسهل إقامة الدليل عليه، وهذا أسهل من اثبات الخطأ لأنه مسألة نفسية غير ملموسة يصعب إقامة الدليل عليها.

أما الميزة الثانية هي الإستجابة لمقتضيات العدالة، إذ أن هذه الفكرة تكفل للمضرور حماية قانونية فعالة، وذلك عن طريق إعطائه الحق في الحصول على تعويض عادل في الحالات التي ينتفي فيها الخطأ، حيث أنها تلزم صاحب الشأن حتى وإن لم يرتكب خطأ، بتحمل تبعة نشاطه التعاقدي الذي أضر بالغير ولذلك أخذت التشريعات الحديثة بهذه الفكرة.

1) A. COHERIER, op.cit, p 67.

أما ما يعاب على هذه النظرية، أن هذه النظرية لم تفصل بين مشكلة التعويض عن قطع المفاوضات ومشكلة التعويض عن بطلان العقد، بل هي تتناول الفترة قبل العقدية ككل لا يتجزأ، كما أنها لم تبين طبيعة المسؤوليـــة ماقبل العقدية هل هي مسؤولية تقصرية أم عقدية ؟

أما العيب الآخر أنها تنطلق من فكرة مؤداها البادئ بالنشاط التعاقدي يتحمل تبعته دائما وعليه وحده تقوم المسؤولية باعتباره أنه الموجب لكن هذا لا يتفق مع الواقع العملي، فليس البادئ بالتفاوض هو الموجب بالضرورة، إذ أن الأدوار قد تتغير ويتم تبادلها بين الطرفين، فقد يصبح من تقدم بالعرض هو القابل في النهاية ويصبح الطرف الذي تلقى العرض هو الموجب، فضلا عن ذلك قد يكون البادئ بالتفاوض هو الضحية وذلك عندما يقوم متلقى العرض بقطع المفاوضات[1].

وعليه فإن الأخذ بفكرة تحمل التبعة في مجال التفاوض ستجعل الأفراد يعزفون على الدخول في التفاوض، رغم ماله من فوائد في الحياة الإقتصادية، فمن يعلم أنه بمجرد مبادرته بالدعوة إلى التفاوض ستحمله كل النتائج الضارة المترتبة عن فشله حتى ولو لم يخطئ فلن يفكر يوما في أن يتفاوض، إذ أن فشل المفاوضات هو أمر محتمل دائما، كما أن هذه الفكرة تصطدم بمبدأ حرية المنافسة السائدة في بلدان كثيرة[2].

ثانيا : نظرية الوكالة (Le Mandat)

هذه النظـــرية كسابقيـــها أصلـــها ألماني، نادى بها الفقيهان الألمانيان SCHEWL و MORMMSEN [3]

1) A. COHERIER, op.cit, p 94.
2) Ibid, p 78 et s.

3) رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص 237.

وفحوى هذه النظرية أن الدعوة إلى التفاوض تتضمن لمن توجه إليه توكيلا ضمنيا باتخاذ كل الأعمال اللازمة للوصول إلى إبرام العقد، فإذا فشلت المفاوضات ولم يبرم العقد، فإن الموكل يلتزم وفقا للقواعد العامة بأن يرد للوكيل كل المصروفات التي أنفقها في سبيل تنفيذ الوكالة وهذا ما نصت عليه المادة 1999 مدني فرنسي.

فحسب نظرية شورل لو أن شخصا دخل في تفاوض مع مقاول من أجل تنفيذ مشروع معين وطلب منه إعداد التصميمات والدراسات اللازمة، وبعد ذلك منعه من تنفيذ المشروع، فإن بإمكان المقاول وفقا لنظرية الوكالة، أن يطالب هذا الشخص عن طريق دعوى الوكالة برد النفقات التي تكبدها في سبيل إعداد هذه التصميمات والدراسات.

وهكذا فإن هذه النظرية تجعل من المسؤولية في مرحلة المفاوضات مسؤولية عقدية تقوم على أساس عقد الوكالة الضمني، فهي تعتبر الشخص الذي تلقى الدعوة إلى التفاوض بمثابة وكيل عن صاحب هذه الدعوة في القيام بما يلزم لإبرام العقد فإذا قطع هذا الأخير المفاوضات، أو فشلت لسبب آخر، فإنه يلزم بتعويض الوكيل عما أصابه من ضرر من جراء تنفيذ الوكالة عن طريق دعوى تعويض وهي دعوى عقدية أساسها عقد الوكالة.

وتمتاز هذه النظرية بأنها تضع حلا سهلا للمسؤولية في مرحلة المفاوضات وافتراض وجود عقد وكالة بين الطرفين، وإن المشرع الفرنسي قد تأثر بهذه النظرية في حالة خاصة هي حالة التفاوض مع مهندس من أجل تشييد البناء، والتي يقوم فيها المهندس بعمل تصميمات ودراسات بناء على طلب صاحب العمل، ففي هذه الحالة إذا فشلت المفاوضات، فإنه من حق المهندس أن يطالب صاحب العمل بأتعابه، ولا يمكن تبرير ذلك إلا بوجود وكالة اعطاها صاحب العمل للمهندس للقيام بعمل الدراسات اللازمة[1].

لكن نظرية الوكالة لم تسلم من النقد، حيث لم يتقبل الفقه فكرة الوكالة كأساس في مرحلة المفاوضات، لأن هذه الفكرة تتعارض تماما مع فكرة التفاوض، ففي الوكالة يقوم الوكيل بالعمل بإسم ولحساب الموكل (الأصيل) وهذا ما نصت عليه المادة 74 ق.م.ج والمــادة 1984 مدني فرنسي، ولا يعمل لحساب نفسه، وكذلك لا يوجد تعارض بين مصالح

1) A. COHERIER, op.cit, p 80.

الطرفين، وهذا عكس الحال في التفاوض على العقد، فكل متفاوض يعمل بإسمه ولحسابه الخاص ويعمل على حماية مصالحه الخاصة، فالمصالح متعارضة والأهداف متباينة في التفاوض، ومن ثم لا يمكن وصف العلاقة بين المتفاوضين بأنها وكالة[1].

ثالثا : نظرية الفضالة (La Gestion d'Affaires)

نادى بهذه النظرية الفقيه الألماني (Thon)[2] الذي أسس المسؤولية ماقبل عقدية على فكرة الفضالة، فقد اعتبر أن الشخص الذي وجهت إليه الدعوة إلى التفاوض فضوليا يدير شأنا لرب العمل(وهو الذي وجه إليه هذه الدعوة) ومن ثم يستطيع الرجوع على هذا الأخير عند فشل المفاوضات، لإسترداد ما أنفق عن طريق دعوى الفضالة، ذلك لأن النفقات التي قام بها في سبيل ابرام العقد كان قد انفقها تحقيقا للمصلحة المشتركة للطرفين.

وقد حاول Thon أن يتجنب الإنتقادات التي وجهت إلى النظريات السابقة وذلك بإخراجه المسؤولية قبل العقدية من دائرة العقد واعتبرها مسؤولية شبه عقدية.

لكن رغم ذلك تعرضت نظرية الفضالة للفقيه الألماني Thon للنقد فقد اعتبر الفقهاء أنه من غير المقبول الأخذ بفكرة الفضالة كأساس للمسؤولية في مرحلة التفاوض على العقد وذلك لعدة أسباب منها :

- إن الفضالة تفترض أن يكون رب العمل جاهلا بتدخل الفضولي، غير أن المتفاوض يقوم بما يلزم لإبرام عقد بعلم المتفاوض الآخر وبمشاركة منه أحيانا.
- إن الفضولي يتولى القيام بشأن عاجل لرب العمل، في حين أن المتفاوض ليس في عجله من آمره.
- يجب لقيام الفضالة أن يتجه قصد الفضولي إلى العمل لمصلحة رب العمل المادة 150 ق.م.ج، في حين أن المتفاوض حينما يقوم باتخاذ اجراءات معينة تمهيدا لإبرام العقد واستعدادا لتنفيذه، إنما يفعل ذلك بقصد تحقيق مصلحة خاصة له.

1) A. COHERIER, op.cit, p 81.
2) Ibid, p 82.

وخلاصة القول أن هذه النظرية ليست لها فائدة حقيقية في الحياة العملية لأنها تحصر حق المتفاوض المضرور في التعويض على استرداد المصروفات التي أنفقها لمصلحة المتفاوض الآخر فحسب، دون التي أنفقها لمصلحته هو.

المطلب الثالث

نظرية فاجيلا في الفقه الإيطالي .

يرجع الفضل في صياغة هذه النظرية إلى المستشار الإيطاليGabriel Faggela [1] وذلك في دراسة قيمة تناول فيها بعمق الفترة ماقبل العقدية من الناحية النفسية والإقتصادية والقانونية وبالتالي سنتناول مضمون النظرية (أولا) ونقد هذه النظرية (ثانيا).

أولا : مضمون النظرية:

يستند FAGGELLA في نظريته على ثلاث أفكار أساسية وهي بمثابة المعطيات التي ينطلق منها ليبرهن على مصداقية نظريته.

حيث يرى فاجيلا أن الطرفين يمران بثلاث مراحل في طريقهما إلى التعاقد، وهي على التوالي مرحلة المفاوضات التمهيدية ومرحلة صياغة الإيجاب ومرحلة تصديره ويرى أن لهذه المراحل الثلاثة قيمة قانونية معينة وأنه لكل طرف الحق أو الحرية العدول عن التعاقد في هذه المراحل ما دام العقد لم ينعقد مع التوفيق بين مبدأ الحرية في العدول والمسؤولية.

وسنتعرض لهذه المراحل، لنرى قيمتها القانونية، وما يترتب عنها من الآثار وذلك وفقا لرأي فاجيلا.

1) أنظر في تسميتها: « نظرية المسؤولية الموضوعية في مرحلة التفاوض » ، محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 47.

المرحلة الأولى : مرحلة المفاوضات التمهيدية Phase des Négociations Préliminaires

تعد مرحلة المفاوضات، أول مرحلة من مراحل التعاقد، يستهدف الأطراف في هذه المرحلة الطويلة تبادل الإيجاب والقبول بهدف التوصل إلى تفاهم مشترك حول النقاط الأساسية للعقد، فقد يبرم الأطراف اتفاقات متلاحقة بهدف الحسم التدريجي لكل مرحلة يتجاوزونها، لكن حسب رأي فاجيلا هذه الإتفاقات المتلاحقة لا ترتقى إلى مرتبة العقد، فكل شيء متوقف على الإتفاق النهائي لمشروع العقد ككل، وقد شبه فاجيلا هذه المرحلة بمرحلة سن التشريع، حيث تتم الموافقة على كل مادة من مواد المشروع على حدى ثم يوافق على المشروع كله في النهاية، ومع ذلك فإن هذه المقارنة غير دقيقة إذ أن أعضاء البرلمان لا يملكون الرجوع فيما وافقوا عليه من قبل، بخلاف الأطراف المتفاوضة التي تملك امكانية العدول واهدار ما توصلوا إليه من اتفاقات جزئية، فينقضون في الصباح ما أبرموه في المساء[1] فحسب رأي فاجيلا لاشيء بات ولاشئ محدد في مرحلة المفاوضات[2].

المرحلة الثانية : مرحلة صياغة الإيجاب Formation de l' Offre

بعد أن ينتهي الطرفان من المفاوضات يقوم أحدهما بوضع صيغة نهائية للإيجاب وفقا لما تم التوصل إليه من حلول أثناء التفاوض كي يتم تصديره إلى الطرف الآخر، فتعتبر هذه المرحلة أكثر تقدما في الطريق إلى العقد، حيث أن الطرفين قد خرجا من دائرة جس النبض والحلول الوسطى، ودخلا في مرحلة صياغة الإيجاب النهائي.

المرحلة الثالثة : مرحلة تصدير الإيجاب Phase d'émission de l' Offre

ففي هذه المرحلة يتم اتخاذ القرار الحاسم والمدروس بتصدير الإيجاب من أحد الطرفين إلى الآخر وبذلك يتم الإعلان رسميا عن الإرادة النهائية والباتة في التعاقد، فإذا ما اقترنت بقبول انعقد العقد.

---

1) محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 49.

2) رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص 244.

وقد نادى فاجيلا برأي جديد يعتبر من أهم ثمار نظريته، حيث اعتبر أن المراحل الثلاث قبل العقدية، وان اختلفت في الخصائص والأهداف، إلا أن لكل مرحلة من المراحل قيمة قانونية حقيقية، واعتبر أن الإتفاقات التي يبرمها الأطراف أثناء مرحلة التفاوض، وإن كانت غير ملزمة فهي ليست « مشروعات في الهواء » [1]، كما يترتب عن هذه المراحل آثارا قانونية.

أما بالنسبة للآثار القانونية للمراحل الثلاث قبل العقدية، فقد اعتبر فاجيلا أن المراحل الثلاث قبل العقدية بمثابة وقائع قانونية (Faits juridiques) منتجة لآثار قانونية وليست مجرد وقائع مادية، وقسم فاجيلا هذه الآثار إلى نوعين :

النوع الأول، الأثار السلبية إذا اعتبر فاجيلا أن الآثار السلبية تخضع إلى مبدأ سلطان الإرادة، الذي من خلاله يحتفظ الطرفان بكامل حقهما في العدول في أي مرحلة من المراحل الثلاث قبل عقدية، حتى بعد صدور الإيجاب النهائي. وان اختلفت المسميات التي تطلق على ممارسة هذا الحق، فقد تسمى قطع أو انسحاب أو رجوع في حالة العدول عن الإيجاب.

فالإرادة التعاقدية تظل حرة ولو تم الإعلان عنها نهائيا ولا تتقيد إلا إذا اقترنت بقبول، ولو ذهب القانون إلى خلاف ذلك وألزم الطرف الذي أعلن عن إرادته (الموجب) بعدم العدول، لكان ذلك محاباة على حساب الآخر، وهذا هو عين التحكم والإستبداد القانوني[2].

أما النوع الثاني، الآثار الإيجابية، فحسب فاجيلا إنه بمجرد الدخول في مفاوضات بهدف إبرام عقد معين ينشأعنه واقع يحميه القانون وتترتب عن ذلك قيام المسؤولية ماقبل العقدية بحيث تنعقد المسؤولية في كل مرحلة من هذه المراحل بدرجات متفاوتة.

فالمسؤولية في مرحلة المفاوضات تقوم عن الإنسحاب التعسفي من المفاوضات وقد بين فاجيلا شروط قيام هذه المسؤولية وأساسها ونطاقها.

أما بالنسبة لشروط المسؤولية فهي أربعة شروط :

---

1) محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 49.

2) رجب كريم عبد اللاه ،المرجع السابق ،ص250 .

ــ الشرط الأول، الرضاء الصريح أو الضمني بالدخول في التفاوض وذلك من أجل التحضير لإبرام العقد، فإذا انسحب أحد الطرفين من المفاوضات بطريقة تعسفية، قامت مسؤوليته، وهذا بخلاف الحال في حالة رفض الدخول في التفاوض، لأن من يرفض الدخول في مفاوضات لا يمكن تحميله أي ضرر.

ــ الشرط الثاني، أن يكون الإنسحاب من المفاوضات لا يستند إلى أسباب موضوعية تبرره، أي أن انسحابه جاء مخالفا لقواعد العدالة وحسن النية، فلا يجب أن ينسحب من المفاوضات لمجرد نزوة أو لأسباب شخصية وإلا كان متعسفا وبالتالي يكون مسؤولا عن تعويض الطرف الآخر عما أصابه من أضرار.

أما إذا كان المتفاوض قد استند في انسحابه إلى أسباب موضوعية تبرره كوجود تعارض بين المصالح الإقتصادية للأطراف، فإن انسحابه يكون مبررا ومن ثم لا تقوم مسؤوليته[1] ومثال ذلك لو أن أحد الطرفين انسحب من المفاوضات الجارية، لكونه تلقى عروضا أكثر تميزا من تلك التي عرضها عليه الطرف الآخر الذي يتفاوض معه ورفض هذا الأخير أن يقدم له نفس المزايا المعروضة من الغير فإن انسحابه يكون غير تعسفي لأن هذا الإنسحاب له ما يبرره من الناحية الإقتصادية.

ــ الشرط الثالث، فحسب فاجيلا يجب أن تكون هناك قيمة مالية أهدرها الإنسحاب من التفاوض. وقد حصر فاجيلا القيمة المالية في الدراسات الأولية والأعمال التحضيرية التي تمت بسبب المفاوضات.

ــ الشرط الرابع، هو وجود علاقة سببية بين الضرر والرضاء بالتفاوض في الحقيقة إن فاجيلا يؤسس المسؤولية على فكرة الضمان القانوني Garantie légale فبمجرد قبول الدخول في التفاوض ينشأ ضمان قانوني يلتزم بمقتضاه كل طرف بعدم الإنسحاب من المفاوضات بدون مبرر موضوعي وهذا الضمان يفرض على المتفاوض بموجب العدالة ولذا فهو ضمان قانوني وليس اتفاقي[2].

1) محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 50 وما يليها.

2) نفس المرجع ، ص 51.

أما بخصوص نطاق المسؤولية، فحدد فيه فاجيلا التعويض عن هذه المسؤولية ويتمثل ذلك في الضرر الذي يلحق بالطرف الذي وقع ضحية العدول بعد قبول الطرف المنسحب الدخول في التفاوض. ويقتصر هذا التعويض على التعويض عن النفقات التي تكبدها الطرف المضرور بغية التحضير للعقد مثل نفقات الدراسات والتصميمات ونفقات الإنتقال والإقامة... الخ. ويجب وجود علاقة سببية مباشرة بين ما انفقه الطرف المضرور وما لحقه من ضرر، وبذلك استثنى فاجيلا من نطاق المسؤولية في مرحلة المفاوضات الأضرار التالية :

ـ النفقات التي تتم قبل الدخول في التفاوض، لإنقطاع العلاقة السببية بينها وبين الرضا بالتفاوض.

ـ الأرباح التي كان سيجنيها المتفاوض من تنفيذ العقد، لأن ذلك يفترض قيام العقد.

ـ التعويض عن تفويت الفرصة (Occasion manquée) لأنه حسب فاجيلا أن الطرف الذي عرضت عليه فرصة أكثر تميزا كان بإمكانه التمسك بها والإنسحاب من المفاوضات دون أية مسؤولية، لأن انسحابه تبرره المصلحة الإقتصادية، فلا يسأل الطرف المنسحب عن تفويت الفرصة[1].

أما عن المسؤولية في مرحلة صياغة الإيجاب، في هذه المرحلة يتحقق للطرفين قدر أكبر من الطمأنينة، حيث أنهما قد رضيا بصيغة الإيجاب النهائي، وعلى هذا الأساس قد يتخلى أحد الأطراف عن العرض الذي عرض عليه، فإذا عدل الطرف الآخر، تحقق للمضرور طلب التعويض ليس فقط على نفقات التفاوض بل حتى على الفرص الضائعة.

أما بخصوص المسؤولية بعد صدور الإيجاب، إذا صدر الإيجاب النهائي ووجه إلى الموجه إليه فإنه ينشأ ضمان قانوني بأن الموجب لا يعدل عن إيجابه، فإذا عدل عن إيجابه هو ملزم بموجب الضمان القانوني بتعويض الطرف الآخر وتختلف هنا المسؤولية عن المرحلتين السابقتين، إذ لا يشترط في العدول عن هذه المرحلة أن يكون تعسفيا بل مجرد العدول يلزم صاحبه التعويض للطرف الآخر عن نفقات التفاوض والفرص الضائعة.

1) محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 52..

مما لا شك فيه أن نظرية فاجيلا قد ساهمت بشكل فعال في تسليط الضوء على مرحلة المفاوضات كما قدمت لنا مجموعة من الأفكار المتميزة منها الإعتراف بأن مرحلة التفاوض على العقد لها قيمة قانونية وليست مشروعا في الهواء وكذا الإقرار بوجود رضا صريح أو ضمني للدخول في المفاوضات، كما اعتبر أنه بمجرد دخول الأطراف في المفاوضات لم يعودا من الغير حيث تنشأ بينهما علاقة قانونية خاصة.

كما أوضح فاجيلا فكرة الالتزام بالضمان في مرحلة التفاوض، حيث يتمثل هذا الالتزام في عدم الإنسحاب من المفاوضات إلا لأسباب اقتصادية بحتة وبذلك تتفوق نظرية فاجيلا على نظرية ايرنج التي لم تحدد مضمون الالتزام باليقظة[1].

كما أن فاجيلا جعل الحرية التعاقدية هي الأصل والمسؤولية هي الإستثناء ولا تقوم مسؤولية المتفاوض المسؤول عن قطع المفاوضات إلا إذا كان متعسفا في انسحابه، أما إذا كان هناك سبب يبرر هذا الإنسحاب كوجود سبب اقتصادي فلا تقوم المسؤولية وهذا يتفق مع الواقع العملي ويستجيب لمقتضيات الحياة الإقتصادية الحديثة[2]، كما قيد نطاق المسؤولية بالضرر المباشر الذي يوجد بينه وبين التفاوض علاقة سببية فعلية.

ثانيا : نقد النظرية:

رغم الأفكار المتميزة التي جاء بها فاجيلا في نظريته إلى أنه تعرض للنقد من طرف الفقه، ويمكن تلخيص أهم الإنتقادات التي وجهت لنظرية فاجيلا فيما يلي :

ـ إن التقسيم الثلاثي للفترة قبل العقدية لا يتفق مع الواقع إذ أن هذه المراحل لا توجد في كل العقود، فمرحلة المفاوضات غير موجودة في عقود الإذعان لأن هذه العقود غير قابلة للتفاوض، كما أن مرحلة صياغة الإيجاب غالبا ما تدخل في مرحلة التفاوض التي تنتهي بصدور الإيجاب النهائي، وبالتالي يجب النظر إلى التفاوض ككل لا يتجزأ، ولا مبرر لتشديد المسؤولية في مرحلة صياغة الإيجاب، لأنه لا يوجد في هذه المرحلة سوى مشروع إيجاب لم يعلن عنه بعد[3].

1) A. COHERIER, op.cit, 106.
2) Ibidem.
3) Ibidem.

ـــ الأخذ بمعيار غير دقيق للتفرقة بين الإنسحاب التعسفي والإنسحاب غير التعسفي وهو معيار المصلحة الإقتصادية وهو من شأنه أن يفتح باب التحكم أمام القاضي من أجل البحث عن النية الحقيقية لمن قطع المفاوضات لمعرفة إذا ما كان انسحابه مبررا أو غير مبرر، بل أن هذا المعيار قد ينفي المسؤولية كلية في مرحلة المفاوضات، فمن يريد الإنسحاب يستطيع أن يخلق لنفسه المبررات الكافية، كأن يعرض شروطا مجحفة يعرف أنها لن تقبل أو يرفض كل ما يعرض عليه بدعوى أنها لا تتفق مع مصلحته الإقتصادية، وبالتالي يصعب على القاضي التوصل إلى السبب الحقيقي للقطع(1).

ـــ الإستناد إلى فكرة وهمية لتأسيس المسؤولية في مرحلة المفاوضات وهي فكرة الضمان التي تلزم الطرفين بعدم الإنسحاب من المفاوضات بدون مبرر مشروع، فهذا الضمان مجرد وهم خالي من الأساس القانوني السليم(2)، فمن المسلم به أن الالتزام القانوني لا ينشأ إلا بنص خاص يقرره القانون، وليس هناك نص قانوني خاص ينشئ التزاما بالضمان في مرحلة المفاوضات وعليه لا يمكن قبول فكرة الضمان القانوني كأساس للمسؤولية في مرحلة المفاوضات، إضافة إلى هذا فإن التسليم بفكرة الضمان القانوني كأساس للمسؤولية في مرحلة المفاوضات لا تخلو من التناقض، فرغم أن فاجيلا يعتبر هذا الضمان قانونيا وليس اتفاقي إلا أنه يشترط لوجوده رضاء الطرفين بالدخول في التفاوض سواء كان صريحا أو ضمنيا وبسبب هذا الرضاء ينشأ على عاتقهما التزام حقيقي بالتفاوض بحسن نية، فهذا الإتفاق يكفي بذاته لتأسيس المسؤولية عن الإنسحاب من المفاوضات ولا داعي لإفتراض وجود ضمان قانوني لتأسيس هذه المسؤولية(3).

ـــ التناقض بين الأفكار الأساسية للنظرية، فهي من ناحية تعترف بحق كل طرف في العدول ولو بعد صدور الإيجاب، في الوقت الذي يجعل فيه الموجب مسؤولا بمجرد عدوله عن الإيجاب حتى ولو لم يكن متعسفا في هذا العدول هذا من جهة، ومن جهة أخرى ترفض قيام المسؤوليـــة على أساس الخطأ، في حين أنها تشترط لقيام المسؤولية الإنسحاب التعسفي

1) A. COHERIER, op.cit, p 104.
2) Ibidem.

3) رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص 260.

من المفاوضات، ويجب أن يكون هذا الإنسحاب مبررا موضوعيا الأمر الذي تعتبره النظرية بمثابة إخلال بقواعد العدالة وحسن النية في التعامل وفي ذلك رجوع إلى فكرة الخطأ التي تنكرها النظرية[1].

لكن رغم هذه الإنتقادات التي وجهت إلى نظرية فاجيلا، إلا أن هذا لا ينفي بعض الأفكار المتميزة التي جاءت بها هذه النظرية والتي أثرت مرحلة المفاوضات، فاعتبرت أن الدخول في المفاوضات يتم برضاء الطرفين المتبادل سواء كان رضاءا صريحا أو ضمنيا وبهذا الرضاء تتكون علاقة قانونية خاصة، وتنشأ على عاتقهما التزامات حقيقية وليست مجرد واجبات عامة، واعتبار ان الإتفاقات التمهيدية التي يبرمها الأطراف أثناء مرحلة التفاوض ليست مشروعات في الهواء بل هي اتفاقات تتم تحت عباءة القانون وتكون سببا لقيام المسؤولية.

إذن و باستعراض نظرية إيرنج وفاجيلا وغيرهما من النظريات نكون قد سلطنا الضوء على موقف الفقه التقليدي من مسألة تأصيل الطبيعة القانونية للمسؤولية الناشئة عن قطع المفاوضات.

ولكن يبقى أن نعرف ما هو موقف الفقه والقضاء المعاصرين في هذه المسألة وهذا ما سندرسه في المبحث اللاحق.

1) A. COHERIER, op.cit, p 105.

المبحث الثالث

موقف الفقه والقضاء المعاصرين في تأصيل الطبيعة القانونية للمسؤولية الناشئة عن قطع المفاوضات.

في الأصل، وفقا لمبدأ سلطان الإرادة وإعمالا لمبدأ حرية التعاقد، فإن التفاوض يخضع لمبدأ حرية العدول[1].

فلا إلزام بالبدء في التفاوض لإبرام عقد ما، كما يجوز لأي من الطرفين أن ينهي المفاوضة ويرفض التعاقد واضعا بذلك حدا للمفاوضة ولو في مرحلة متقدمة منها، كلما اتضح أن الشروط المطروحة للتعاقد ليست مناسبة[2]، ولكن أحيانا إن التفاوض في بعض الفروض يتطلب مفاوضات طويلة ومعقدة وتتطلب نفقات وتكاليف باهضة كعقود التجارة الدولية، حيث كان لهذه الأخيرة الدور في ظهور نوع جديد من الإتفاقات يطلق عيها (اتفاق التفاوض) أو (عقود التفاوض) وهي اتفاقات يلجأ إليها أطراف المفاوضة وعادة ما تكون في شكل اتفاق مكتوب تهدف إلى وضع تنظيم اتفاقي لعملية التفاوض.

ولذا فإن الفقه والقضاء المعاصران يفرقان في مرحلة التفاوض من أجل الوصول لإبرام العقد بين حالتين والتي سنتطرق لهما في المطلبين التاليين :

المطلب الأول : المفاوضات غير المصحوبة باتفاق التفاوض.

المطلب الثاني : المفاوضات المصحوبة باتفاق التفاوض.

1) L. BOYER, op.cit, p 14.
2) J. CEDRAS, op.cit, p 270.

المطلب الأول

المفاوضات غير المصحوبة باتفاق التفاوض.

وهي تلك المفاوضات التي تتم بدون أن يكون هناك إتفاق صريح ينظمها[1] وهي دخول الأطراف في المفاوضات دون صياغة إتفاقهما على إجراء التفاوض في ورقة مكتوبة، ودون أن يصرحا بهذا الإتفاق.

ولذا فإنه يطرح في هذا الشكل من المفاوضات عدة اشكاليات وخصوصا في ظل غياب نص قانوني ينظم العلاقة بين الطرفين[2]، فضلا عن عدم وجود اتفاق صريح بالتفاوض، ولذا يثار تساؤل حول القيمة القانونية لمثل هذه المفاوضات ؟ وإن وجدت مسؤولية في هذ النوع من المفاوضات ، فما طبيعة هذه المسؤولية ؟

وسنحاول الإجابة على هذه الأسئلة باستعراض موقف القانون المقارن فيما يلي :

أولا : موقف القوانين الرومانية الجرمانية (Romano-germantique)

ثانيا : موقف القانون الفرنسي

ثالثا : موقف القانون في بعض الدول العربية

أولا : موقف القوانين الرومانية الجرمانية: (Romano - germantique)

ويمثل القانون (Romano - germantique) كل من القانونين الألماني والإيطالي بالنسبة للقانون الألماني، فقد كان القانون الألماني القديم (Le Code Prussien) يحمل الطرف الذي لا يلتزم بحسن النية أثناء التحضير للعقد المسؤولية العقدية[3] وهذا الالتزام أعيد نقله في المشروع التمهيدي للقانون الألماني في المادة 97 منه.

---

1) أنظر في هذا الشأن : محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 67 وما يليها.
و محمد حسين عبدالعال، المرجع السابق، ص 125.

2) باستثناء بعض التشريعات المدنية الحديثة التي نصت على هذا النوع من المفاوضات، أنظر: ص 20 من هذه المذكرة.

3) A. COHERIER, op.cit, p 85.

ولقد نص القانون المدني الألماني على تطبيقات هذه المادة في المواد 122 و 179 و307 وفحوى هذه المواد أنها توقع عقوبة ضد كل من يأتي سلوك يتصف بسوء النية في المرحلة قبل العقدية[1].

إن الفقه والقضاء في ألمانيا تأثرا بنظرية الخطأ عند تكوين العقد، للفقيه الألماني إيرنج، وأصبح من المقبول لديهما أنه بمجرد الدخول في التفاوض من أجل إبرام عقد ما تنشأ بين طرفي المفاوضة علاقة قانونية خاصة، تلزم أطرافها بمراعاة الأمانة وحسن النية في التفاوض، ويترتب على الإخلال بهذه الالتزامات قيام المسؤولية ماقبل العقدية، أو هي مسؤولية شبه عقدية تنطبق عليها قواعد المسؤولية العقدية.

أما عن موقف القانون الإيطالي، فقد بدأ في إيطاليا بالإهتمام بمرحلة المفاوضات، منذ أكثر من قرن مع الفقيه الإيطالي فاجيلا، حيث تأثر القانون المدني الإيطالي بهذه النظرية وانعكس ذلك في المادتين 1337 و 1338، إذ تنص المادة 1337 على أنه « يلتزم الطرفان بإجراء التفاوض وإبرام العقد بحسن نية» [2]، ولذلك يكون القانون الألماني والإيطالي من بين التشريعات المدنية الحديثة التي تضمن قانونها المدني النص على المرحلة ماقبل العقدية.

ثانيا : موقف القانون الفرنسي :

إن فقهاء القرن التاسع عشر بفرنسا، لم يعتنوا بمرحلة التفاوض واعتبروها عديمة الفائدة من الناحية القانونية[3].

وقد اعتمدوا مبدأ الحرية التعاقدية ولم يقبل الفقهاء حينا ذاك بنشأة التزامات قانونية على عاتق المتفاوضين قبل إبرام العقد.

ولكن مع بداية القرن العشرين بدأ الفقه الفرنسي يهتم بدراسة المفاوضات التمهيديـــة، حيث أصبحت هذه الأخيرة تشكل المشكل الأكثر طرحا في مجال المسؤولية ماقبل العقدية، فكان الفقيه LABBE أول من اعتنى بمشكل المفاوضات التمهيدية وذلك من خلال تعليقاته على بعض الإجتهادات القضائية[4].

---

1) A. COHERIER, op.cit, p 85.

2) رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص 55.

3) أسماء الشباب ،التفاوض في تكوين العقد،رسالة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في القانون 'شعبة العقود واستثمارات'،كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس III ،غير منشورة،تونس،1998/1997 ، ص 8.

4) A. COHERIER, op.cit, p 8.

لكن الإشكال الذي طرح في فرنسا هو في حالة كون المفاوضات مجرد محادثات بين الأطراف، أي أن المفاوضات لم تصغ في شكل معين.

الملاحظ أن القانون المدني الفرنسي لم ينص على مرحلة المفاوضات، لأن مبدأ حرية التعاقد هو المبدأ الذي يحكم القانون المدني الفرنسي[1]، وهذا ما يفسر عدم تطرق القانون المدني الفرنسي إلى التفاوض.

إذن وفي ظل غياب نص قانوني يحكم مرحلة التفاوض في التقنين المدني الفرنسي فقد اجتهد الفقه والقضاء الفرنسيان على محاولة ارساء دعائم المسؤولية ماقبل العقدية بما في ذلك المسؤولية عن قطع المفاوضات مستعينين في ذلك بالقواعد العامة في المسؤولية المدنية.

وقد اتفق جمهور الفقهاء الفرنسيين[2] ويؤدهم في ذلك القضاء[3] إلى القول بأن المفاوضات غير المصحـــوبة بإتفاق التفاوض ما هي إلا أعمال مادية، غير ملزمة، لأنها تخضع لمـــبدأ الحرية التعاقدية، وفي حالة إذا ما وقع ضرر لأحد طرفي المفاوضة خارج إطار اتفاقات التفاوض فقواعد المسؤولية التقصيرية الواردة في المادتين 1382 و 1383 مدني فرنسي وحدها واجبة التطبيق على المسؤولية ماقبل العقدية عن قطع المفاوضات.

وقد شبه الفقهاء الفرنسيون[4] مرحلة المفاوضات في ظل غياب اتفاق التفاوض بمرحلة الخطوبة (Fiançailles) ، فالتشابه واضح بينهما لأن مرحلة الخطوبة هي مرحلة ممهدة لإبرام عقد الزواج، فالمخطوبان لا يوجد بينهما أي التزام بإبرام عقد القران، وكل واحد منهما يجوز له فسخ الخطوبة في أي وقت شاء، لكن دون الأضرار بالطرف الآخر وإلا تقوم المسؤولية التقصيرية في مواجهة الطرف المسؤول عن الضرر وقد ساير القضاء الفرنسي هذا الموقف « إذا رفض وجود واجب الوفاء في الخطوبة الذي يوجد فقط بين الأزواج، لكن يوجد واجب الإستقامة كما هو الحال في المفاوضات »[5] .

---

1) A. COHERIER, op.cit, p 10.
2) C. LARROUMET, op.cit, p 218.
3) Cass com. 23 Mai 1989.

أشار إليه ، محمد الصغير الجليبي، المرجع السابق، ص 68.

4) Ph. LE TOURNEAU, op.cit, p 480.
5) Civ 1er, 4 janv. 1995. cité par B. BEGNIER, op.cit, p 465.

ثالثا : موقف القانون في بعض الدول العربية:

سنحاول أن نستعرض موقف القانون في بعض الدول العربية من مرحلة المفاوضات في ظل غياب إتفاق التفاوض، بداية سنسلط الضوء على موقف المشرع الجزائري.

إن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى مرحلة المفاوضات التي تسبق ابرام العقد، وحذا في ذلك حذو المشرع الفرنسي الذي يتبنى مبدأ سلطان الإرادة مفسحا المجال لإرادة الأطراف وحريتهم في التعاقد، ولذا تجاهل المشرع الفرنسي النص على مرحلة المفاوضات وما يمكن أن ينتج عنها من التزامات وهذا ما أنعكس على التشريع المدني الجزائري الذي جاءت نصوصه خالية من النص على مرحلة المفاوضات.

غير أن التطور الذي تعرفه الجزائر منذ الإستقلال، أنشأ نوعا جديدا من المعاملات العقدية التي تستوجب مرحلة تفاوض سابقة لإعدادها، وخصوصا وأن الجزائر غنية بثرواتها الطبيعية[1] مما جعلها تتوخى سياسة اقتصادية مشجعة للإستثمار الأجنبي[2].

كما أنها في الآونة الأخيرة انفتحت على الأسواق الخارجية، حيث ابرمت اتفاقية الشراكة مع الإتحاد الأوروبي[3].

حيث أن ظهور نوع جديد من العقود تتصف بالتعقيد والتركيب ولم تعد تتم بمجرد التلاقي الفوري للإيجاب والقبول، بل تتطلب مفاوضات سابقة على ابرامها « لأن الأهداف

---

1) G. NICAUD, en 1960 l'ONU rangeait l'Algérie parmis les pays riches, le Figaro, 20.03.2002

2) مرسوم رئاسي رقم 57/02 المؤرخ في 2002/02/05 يتضمن التصديق على الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الولايات المتحدة الأمريكية حول تنمية العلاقات التجارية والإستثمار الموقع بواشنطن د.س في 13 يوليو سنة 2001، حيث تنص المادة 03 من هذا الإتفاق « تتمثل أهداف هذا المجلس في إجراء مشاورات حول المسائل الخاصة بالتجارة والإستثمار التي تهم الطرفين، وتحديد إتفاقات من شأنها أن تكون محل مفاوضات وتحديد العراقيل التي تعترض التدفقات التجارية والإستثمارية والعمل على إزالتها » .

3) Décret présidentiel n° 05-159 du 27Avril 2005 portant ratification de l'accord euroméditérranéen établissant une association entre la République algérienne démocratique et populaire d'une part et la communauté européenne et ses Etats members d'autre part, signé à Valence le 22 avril 2002, ainsi que ses annexes 1 à 6, les protocols n° s 1 a 7 et l'acte final y afférents.

التي يرغب الأطراف في تحقيقها هامة وضخمة » على حد تعبير الفقيه الفرنسي René Demogue [(1)].

جعل المشرع الجزائري يحاول أن يواكب هذا التطور الذي تعرفه المعاملات الإقتصادية والتجارية والذي فرض ضرورة اللجوء إلى تقنية المفاوضات للتمهيد لإبرام العقود المهمة، لذا فقد نص مثلا في المادة 4/85 من القانون رقم 01/02 المؤرخ في 05 فيفري 2002 والمتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات على أنه « تحدد الأسعار والعقود عن طريق التفاوض الحر بين المتعاملين والمعنيين » [(2)].

لكن ما يميز هذا النص أن الإشارة إلى التفاوض جاءت عامة ويبقى أن المشرع الجزائري لم ينظم عملية التفاوض أو المرحلة التي تسبق إبرام العقد.

لكن يبقى التساؤل مطروح حول موقف القضاء من هذه المفاوضات وخصوصا في ظل غياب اتفاق ينظم هذه المفاوضات، وموقفه من الإخلال بالالتزامات الناتجة عن هذه المرحلة ؟ نلاحظ في هذا الصدد غياب الإجتهادات القضائية المتعلقة بمرحلة التفاوض وبالتالي كان لا بد من الرجوع إلى القواعد العامة للمسؤولية المدنية ولاسيما قواعد المسؤولية التقصيرية المنصوص عليها في المادة 124 من ق.م.ج المعدلة والتي تنص على أنه « كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض ».

فكما رأينا رغم أن مرحلة التفاوض تخضع لمبدأ الحرية، إلا أن هذه الحرية مقيدة في حدود عدم الإضرار بالغير.

فليس من العدل أنه بعد أن يدخل الطرفان في مفاوضة، وتستمر هذه الأخيرة مدة طويلة، يتكبد أحد طرفيها نفقات من أجل التمهيد لإبرام العقد، ثم يقوم الطرف الآخر بقطعها بطريقة تعسفية وبدون مبرر مشروع، فمن العدل تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية وإلزام الطرف المسؤول بالتعويض للمتضرر. هذا عن موقف القانون الجزائري.

أما فيما يخص موقف القانون المدني المصري، فإنه كغيره من القوانين، لم يتضمن بدوره أي نص ينظم مرحلة التفاوض على العقد، تاركا للفقه والقضاء مهمة الإجتهاد.

---

1) أسماء الشباب، المرجع السابق ، ص 10.

2) القانون رقم 01/02 المذكور أعلاه منشور في الجريدة الرسمية العدد : 08 المؤرخة 6 فيفري 2002.

بعض الفقهاء المصريين[1] اتفقوا على أن التفاوض ليس إلا عملا ماديا ولا يترتب عليه أثر قانوني، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضة في الوقت الذي يريد دون أن يتعرض لأية مسؤولية، وذلك طبقا لمبدأ حرية التعاقد والذي يحق بموجبه لأي طرف أن يعدل عن المفاوضة، ويرفض التعاقد متى يريد ولا يخشى أية مسؤولية، إلا إذا اقترن هذا العدول بخطأ ألحق ضررا بالطرف الآخر، فحينئذ تقوم المسؤولية على من عدل ولكن المسؤولية في هذه الحالة ليست مسؤولية عقدية بل تقصيرية مبنية على العدول المقترن بخطأ، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية[2] حيث أعتبرت « أن المفاوضة ليست إلا عملا ماديا لا يترتب عليها بذاتها أثر قانوني، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في أي وقت يريد دون أن يتعرض لأية مسؤولية، إلا إذا أثبت وجود خطأ تتحقق معه المسؤولية التقصيرية، وينتج عنه ضرر يلحق بالطرف الآخر، وفي هذه الحالة يقع عبء اثبات ذلك الخطأ وهذا الضرر على عاتق ذلك الطرف المضرور، كما لا يعتبر العدول عن إتمام المفاوضة هو عنصر الخطأ، بل يجب أن يثبت الخطأ من عناصر أخرى اقترنت بهذا العدول ويتوافر بها عنصر الخطأ اللازم لقيام المسؤولية التقصيرية ».

كما قضت محكمة النقض المصرية في حكم آخر[3]، بأنه لا يجوز لأي من الطرفين في مرحلة التفاوض، أن يتخذ أحدهما إجراء ما من شأنه أن يوقع الطرف الآخر في فهم خاطئ للظروف ويحمله تكاليف ما كان يتحملها لولا هذا الإجراء وعليه حملت الطرف الخاطئ التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية.

إلا أن الدكتور رجب كريم عبداللاه جاء بموقف مخالف للفقه والقضاء في مصر حيث يرى أنه لا جدوى للتفرقة بين المفاوضات المصحوبة بإتفاق التفاوض وغير المصحوبة بإتفاق التفاوض، لأن هذه التفرقة تفتقـر إلى الأساس القانوني السليم، ويـري أنه من العدل

1) أنظر بوجه خاص: عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 207.
وحسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 103.

2) نقض مدني مصري 9 فيفري 1967، أشار إليه كل من : حسام الدين كامل لأهواني ، المرجع السابق، ص 104.
و محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 62، و رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص 275.

3) نقض مدني 27 مارس 1968، أطراف هذه القضية هما:(الهيئة العامة للبترول و شركة الملاحة بمصر)، أكثر تفاصيل حول هذه القضية أنظر: حسام الدين كامل لأهواني، المرجع السابق، ص 106 وما يليها.
و محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 62.

والمنطق توحيد الطبيعة القانونية للتفاوض دون تمييز بين صورة وأخرى من صور التفاوض، وذلك لتجنب المشكلات القانونية التي قد تثور في التطبيق العملي بسبب هذه التفرقة، ولذا فقد أرسى الدكتور رجب كريم عبداللاه الطبيعة العقدية للتفاوض على العقد سواء كان هذا التفاوض في شكل اتفاق أو بدونه، لأنه حسب رأيه أن عقد التفاوض ينعقد بمجرد تراضي الطرفين صراحة أم ضمنا على الدخول في التفاوض دون حاجة لإفراغه في شكل معين، وأنه يلزمهما بالتفاوض على العقد دون أن يلزمهما بإبرامه وينشأ عن هذا الإتفاق التمهيدي على عاتق الطرفين التزامات تبادلية معينة ويأتي على رأسها الالتزام بالتفاوض[1].

أما عن موقف القانون التونسي من المفاوضات غير المصحوبة بإتفاق التفاوض فإن مجلة الالتزامات والعقود التونسية والتي دخلت حيز التنفيذ سنة 1907 أين كانت المعاملات المدنية تتسم بالبساطة، وقد طغت على القواعد المضمنة بتلك المجلة مبادئ الحرية التعاقدية، التي تتنافى واخضاع المرحلة ماقبل عقدية إلى القانون، إذ أكد SANTILANA في تقريره المتعلق بمجلة الالتزامات والعقود التونسية على تبني محرري المجلة لمبدأ سلطان الإرادة مبررا هذا الخيار بمقولة «أن الدين الإسلامي المبني على حسن النية جاء بحكم الضرورة مفسحا المجال إلى أبعد حد لإرادة الإنسان ومتخلصا من التشبث بالشكليات»، فكان من الصعب تبعا لذلك اقرار قواعد المجلة بنشأة التزامات معينة خلال التفاوض[2].

أما عن موقف القضاء التونسي فقد اعترفت محكمة التعقيب التونسية بمبدأ حسن النية أثناء تكوين العقد[3].

أما فيما يخص موقف القانون اللبناني، لم يعرف المشرع اللبناني المفاوضات وجل ما ذكره بموجب المادة 172 من قانون الموجبات والعقود « أنه في عقود التراخي تجري المنافسة والمساومة في شروطها وتوضع الحرية بين المتعاقدين »، وكذا القول بموجب 178 منه «أنه لكي يتحقق الرضى في العقود يستلزم مساومات قد تكون طويلة ومعقدة الوجوه»[4]

1) بخصوص هذا الموقف أنظر : رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص 288 ــ 310.
2) أسماء شباب، المرجع السابق، ص 9.
3) محكمة التعقيب التونسية، 20 جوان 1994، أشار إليه، محمد الصغير الجلبيبي، المرجع السابق، ص 8.
4) نعيم مغبغب، قانون الأعمال، دراسة في القانون المقارن، مكتبة الحلبي الحقوقية، 2000، بيروت، ص 212.

وظل الإجتهاد القضائي في لبنان يعالج مسألة المفاوضات بالرجوع إلى نص المادة 122 من قانون الموجبات والعقود اللبناني، والتي تحدد مفهوم الخطأ، ومن بين الأحكام القضائية التي أخذت بنص هذه المادة في مجال المسؤولية في مرحلة المفاوضات، ما رأته محكمة استئناف جبل لبنان بتاريخ 1968/04/25، « بعدم مسؤولية طرفي العقد في حال أقر أحدهما على وقف المفاوضات التمهيدية بشأن بيع شقة للسكن »[1].

المطلب الثاني

المفاوضات المصحوبة باتفاق التفاوض.

وهي تلك المفاوضات التي تتم بناء على إتفاق صريح من الطرفين بالدخول في المفاوضات من أجل إبرام عقد معين، وعادة ما يكون هذا الإتفاق مكتوبا ويتضمن تنظيم العلاقة بين الطرفين أثناء التفاوض وعند فشله، وقد ازدادت هذه الصورة من صور التفاوض في العصر الحديث، خاصة في التفاوض على العقود الهامة.[2]

ويطلق على هذا النوع من اتفاقات التفاوض في الحياة العملية عدة مسميـــات أبرزها « الإتفاق المبدئي » و « عقد التفاوض » والغاية من لجوء أطراف المفاوضة إلى هذا النوع من المفاوضات هو لضمان استمرار عملية التفاوض وإلزام الأطراف المتفاوضة، حيث أن الإخلال بهذه الإتفاقات يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية، ولذا سنتطرق إلى موقف القانون المقارن من هذه الإتفاقات في ما يلي :

أولا : موقف القانون الفرنسي

ثانيا : موقف القانون الأنجلو ساكسوني (الأنجلو أمريكي)

ثالثا : موقف القانون في بعض الدول العربية

1) نعيم مغبغب، المرجع السابق، ص 213.

2) أنظر في هذا النوع من المفاوضات : حسين عبدالعال، التنظيم الإتفاقي للمفاوضة العقدية، المرجع السابق.

أولا : موقف القانون الفرنسي :

ولو أن الفقهاء الفرنسيين أطلقوا عدة تسميات على اتفاقات التفاوض فهناك من يطلق على جميع الإتفاقات التي تسبق ابرام العقد بما يسمى ماقبل العقد (Avant Contrat) [1]، وهناك من اعتبرها عقود مقدمة[2] دون أن تلزم أطرافها إبرام العقد النهائي.

لـــكن غالبية الـــفقه الفرنسي تقبل بسهولة وجود التزامات ما قبل عقدية ذات طبيعة عقدية [3].

حيث لم يتردد الفقهاء الفرنسيون في الإعتراف بإتفاق التفاوض، فقد إعتبروه اتفاقا حقيقيا، ينشئ على عاتق الطرفين التزامات حقيقية يترتب على الإخلال بها قيام المسؤولية العقدية[4]، ومثال ذلك أن الإخلال باتفاق المبدأ، يعتبر اخلالا بالتزام تعاقدي يقضي بالزام طرفي المفاوضة باستمرار التفاوض بحسن نية، وعليه قيام المسؤولية العقدية في جانب من أخل بهذا الالتزام[5].

أما بالنسبة لموقف القضاء الفرنسي، فإنه اجتهد في تكييف الاتفاقات قبل تعاقدية تماشيا مع إرادة الأطراف حيث لم يتردد القضاء الفرنسي في اعتبار أن هذه الاتفاقات السابقة لإبرام العقد تنطبق عليها المسؤولية ماقبل العقدية ذات طبيعة عقدية[6] كما أن محكمة العدل للإتحاد الأوروبي اعتبرت أن بروتوكول الإتفاق (gent lemen's agrements) اتفاق ملزم[7].

مع العلم أن محكمة العدل الأوروبية أنشأت بمقتضى معاهدة روما سنة 1957 وهدفها تحقيق التوحيد في تطبيق القانون بين الدول الأوروبية.

1) P. MOUSSERON, op.cit, p 4.
2) L. BOYER, op.cit, p 19 et s.
3) J. SCHMIDT – SZALEWESKI , La force Obligatoire à l'épreuve des avant contrat , RTD. Civ. 2000, p 25.
4) C. LARROUMET, op.cit, p 662.
5) J. CEDRAS, op.cit, p 275.
6) Cass com 23 Mai 1989.

أشار إليه، رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص 264.

7) J. SCHMIDT - SZALEWSKI , op.cit, p 25.

ثانيا : موقف القانون الأنجلو ساكسوني :

بالنسبة للتشريعات الأنجلوساكسونية (Anglo-Sexons)، أو ما يسمى ببلدان (Common law) فإنها لا تعتمد على قوانين صادرة عن جهاز تشريعي (البرلمان) مثل ما هو جاري العمل به في دول Civil Law مثل فرنسا والجزائر وغيرها، بل تعتمد قوانينها على قرارات المحاكم، إذ تعتبر هذه القوانين قوانين قضائية تقوم على نظام السوابق القضائية المسمى (du précédent) [1]، ومن بين هذه القوانين على سبيل المثال القانون الأنجليزي والأمريكي.

إن كل من القانون الأنجليزي والأمريكي لا يفرضان قيودا أو التزامات على عاتق الأطراف المتفاوضة، بل يخول لهم مطلق الحرية في التفاوض (Freedom of negotiation)[2] ، فالمفاوضة في الفكر السائد في القانون الأمريكي والأنجليزي تقوم على الإحتمال والمخاطر ولذا يجب على كل متفاوض أن يتوخى الحيطة والحذر وهو يتفاوض.

وهكذا فإن القانون الأنجلوساكسوني لا يفرض التزاما عاما بالتفاوض بحسن نية وإنما يعالج كل حالة على حدى، ويقدم حلولا فردية بالنسبة للمشكلة الناتجة عن الإخلال بالعدالة في مرحلة التفاوض.

إذن فالتشريعات الأنجلوساكسونية تخضع مرحلة التفاوض سواء في حالة وجود اتفاق التفاوض أو بدونه، لمطلق حرية الأفراد، إلا إذا اقترن التفاوض بوجود حالة غش أو تدليس أو خيانة ثقة الطرف الآخر أثناء التحضير للعقد، فيترتب على المسؤول على تلك الأفعال إصلاح الضرر طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية.

غير أنه في الآونة الأخيرة بدأ القضاء الأنجلوساكسوني، لا سيما القضاء الأمريكي بالإعتراف بإتفاق التفاوض المكتوب، وفي هذا الصدد صدر أهم حكم قضائي في الولايات المتحدة الأمريكية، من حيث قيمة التعويض المحكوم به وذلك في 14 نوفمبر 1985 في القضية المشهورة بقضية (Texco)[3]، وتعد شركة (Texco) من أهم الشركات البترولية

---

1) X. BIRBES, op.cit, p 473.
2) A. BETTAIEB, op.cit, p 8.
3) بشأن تفاصيل قضية Texco أنظر : محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 74.

في أمريكا أنذاك، إذ تدخلت هذه الأخيرة في إفساد صفقة شراء شركة (PENNZOIL) لشركة (GETTY) وذلك بعد أن كان قد حرر بين شركتي (PENNZOIL) و(GETTY) برتوكول اتفاق (Memorandum agrement)، إذ اتفاقا فيه على جميع المسائل الجوهرية بما فيها سعر شراء السهم الواحد، ولم يبق إلا موافقة مجلس إدارة شركة (GETTY) وهنا تدخلت شركة (TEXCO) عارضة على شركة (GETTY) مبلغ أكبر من المبلغ المعروض من طرف شركة (PENNZOIL) ، حيث دخلت هذه الأخيرة في مفاوضات مع شركة (GETTY) أسفرت عن توقيع خطاب نوايا بينهما تضمن الإتفاق على شراء شركة (TEXCO) لشركة (GETTY) مع شرط تحمل شركة (TEXCO) المسؤولية في مواجهة الغير.

على إثر ذلك قامت شركة (PENNZOIL) في 10 جانفي 1984 برفع دعوى قضائية ضد شركة (TEXCO) ومطالبتها بالتعويض وذلك من جراء تدخلها غير المشروع في إفساد الصفقة التي جرت بينها وبين شركة (GETTY) وعلى هذا الأساس أصدر القاضي S.Casseb حكمه التاريخي بإلزام شركة (TEXCO) بتعويض شركة (PENNZOIL) [1].

وأهم ما جاء في هذا الحكم هو اعتراف المحكمة بأن الإتفاق المبرم بين شركتي (GETTY) و (PENNZOIL) والمسمى (Memorandum agrement) عقد ملزم لطرفيه رغم أنها اعتبرت الإخلال به يترتب عنه المسؤولية التقصيرية[2].

ثالثا : موقف القانون في بعض الدول العربية:

كما رأينا سالفا أن التقنينات المدنية العربية، لم تنص على مرحلة التفاوض ولم تعطي أية أهمية للمرحلة السابقة على إبرام العقد، لكن السؤال الذي يطرح هو في حالة وجود اتفاق تفاوض بين طرفي المفاوضة، فما هو موقف القوانين العربية من هذا الإتفاق؟

1) إن هذا الحكم آثار معركة حامية الوطيس بين شركة Texco و شركة Pennzoil واسفرت عن تقديم طلب شهر افلاس شركة Texco ، مما أدى في الأخير إلى التصالح بين الشركتين نظير سداد أربعة ملايين من الدولار الأمريكي لشركة Pennzoil .

2) A. LAUD, op.cit, p 551.

بالنسبة لموقف المشرع الجزائري، في الظاهر أن القانون المدني لم يتطرق إلى فكرة إتفاق التفاوض، وهي الحالة التي يلزم فيها الأطراف المتفاوضة أنفسهم بإتفاقات تمهيدية، تقوم عادة على محورين أساسيين، الأول هو إلزام الأطراف على مواصلة التفاوض، والثاني هو تنظيم عملية التفاوض وهذا من أجل التوصل إلى اتفاق وإضفاء الجدية على مرحلة التفاوض.

إلا أنه بالرجوع إلى نص المادة 65 من ق.م.ج والتي تنص على أنه « إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، واحتفاظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الإتفاق عليها، اعتبر العقد منبرما وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتفق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون، والعرف والعدالة »، ويقابلها المادة 95 من القانون المدني المصري.

ويفهم من هذه المادة أن عدم تضمن الإتفاق للمسائل التفصيلية لا يحول دون انعقاد العقد وهذا بخلاف المادة 154 من القانون المدني الألماني، فإنها تعتبر أن الإتفاق على بعض الشروط لا يكفي لإنعقاد العقد، حتى ولو كانت تلك الشروط هي الشروط الرئيسية، ولو كانت تلك الشروط محررة كتابيا، فحسب القانون المدني الألماني تظل مرحلة ما قبل التعاقد قائمة حتى تمام الإتفاق على كافة المسائل الداخلة في مضمون العقد(1)، وهذا الرأي أخذ به بعض الفقهاء المصريين واعتبروا أن المادة 95 من القانون المدني المصري والتي تقابل المادة 65 من القانون المدني الجزائري، والتي قررت بأن الإتفاق على الإحتفاظ بالمسائل التفصيلية يتم الإتفاق عليها فيما بعد يعتبر « اتفاق على التفاوض » وعلى رأسهم على الأستاذ/ حسام الدين كامل الأهواني، إذ اعتبر أن الإتفاق على الإحتفاظ بمسائل تفصيلية يتم الإتفاق عليها فيما بعد، يلقي على عاتق الطرفين التزاما بالتفاوض حول المسائل المؤجلة، فلا يجوز لأحد الطرفين أن يمتنع عن التفاوض حول هذه المسائل المعلقة وإلا اعتبر مخلا بهذا الالتزام العقدي(2).

---

1) حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 136 وما يليها.

2) نفس المرجع، ص 145.

ويعد هذا الالتزام هو التزام ببذل عناية، فلا يلتزم الطرفان بضرورة التوصل إلى اتفاق حول هذه المسائل، وإنما يلتزمان بضرورة الدخول في مفاوضات من أجل المناقشة والتوصل إلى الإتفاق مع مراعاة قواعد حسنة النية[1].

فإذا فشلت المفاوضات، فلا مفر من إعمال أحكام المادة 95 مدني مصري وهي تدخل المحكمة لتحديد تلك المسائل المؤجلة وفقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة.

وهكذا فإننا نحبذ موقف الأستاذ / الأهوائي ونعتبر أن المادة 65 من القانون المدني الجزائري تضمنت في سياقها فكرة الإتفاق على التفاوض، وهو ما يعني أن المشرع الجزائري اعترف ضمنيا باتفاق التفاوض.

أما فيما يخص موقف القانون المصري من إتفاق التفاوض، فهو كموقف القانون الجزائري لم يتطرف إلى فكرة إتفاق التفاوض.

أما الفقه المصري الحديث[2]، لم يتردد في الإعتراف بإتفاق التفاوض قد سلم بأن إتفاق التفاوض خاصة الصريح، ينشئ على عاتق الطرفين التزاما عقديا بالتفاوض يتعين تطبيقه وفقا لما يوجبه حسن النية طبقا للمادة 1/148 من القانون المدني المصري إذا ما أخل أحد الطرفين بالتزامه بالتفاوض بحسن النية فإنه يكون مسؤولا مسؤولية عقدية طبقا لنص المادة 215 مدني مصري.

أما بالنسبة للمشرع التونسي فقد كرس الإتفاقات الناقصة في الفصلين 23 و 24 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية، عندما نظم مسألة الإتفاقات الناقصة التي يبرمها الأطراف فيما بينهم ويجعلون بعض النقاط الأساسية موضوع تباحث لعقد تالي. ونفي عنها الصبغة الإلزامية حتى ولو وقع تحريرها كتابة[3].

---

1) حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 146.

2) ولمزيد من التفصيل أنظر : محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 68.

و محمد حسين عبدالعال، المرجع السابق، ص 92 وما يليها، و محمد عبد الظاهرحسين، المرجع السابق، ص 768.

و رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق ص 288، 310.

3) أسماء الشباب، المرجع السابق، ص 68.

أما عن رأي الفقه التونسي فقد اعتبر الأستاذ محمد الزين أنه يترتب على عقود التفاوض المسؤولية العقدية[1].

أما بالنسبة لموقف القضاء الكويتي من اتفاق التفاوض فإنه لا يقر بأهمية اتفاقات التفاوض وهذا ما أكدته محكمة التمييز الكويتية بقولها « المراحل السابقة على التعاقد لا ترتب في الأصل أثر قانونيا » [2].

1) محمد الصغير الجليبي، المرجع السابق ، ص 8.

2) محكمة التمييز الكويتية، تجاري رقم:82/152، بتاريخ 1983/03/23 أشار إليه، جمال فاخر النكاس، العقود والإتفاقات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والإتفاق في المرحلة السابقة على العقد، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الأول، السنة العشرون، مارس 1996 ص، 174.

الخاتمة

يعتبر التفاوض حول تكوين العقد من المسائل الثرية التي يروق درسها لتعلقه بالمرحلة ما قبل العقدية واعتباره في نفس الوقت حجر الأساس في تكوين العقد ،وقد ظهرت الحاجة إلى أهمية التفاوض من خلال ظهور نوع جديد من العقود التي تتصف بالتركيب و التعقيد الفني نتيجة التطور الذي شهده العصر الحديث لا سيما في مجال التجارة الدولية ففرض ضرورة اللجوء إلى التفاوض حول هذه العقود تمهيدا لإبرامها، فمن خلال مرحلة التفاوض يتم وضع تصور مشترك للعقد المراد إبرامه.

وعليه فقد عرفنا التفاوض بأنه: " وسيلة يلتجأ إليها كل من يرغب في التعاقد و يتم بالتقاء بين شخصين أو اكثر بطريق مباشر أو غير مباشر بغرض تبادل الاقتراحات و العروض و بذل المساعي المشتركة بهدف التوصل إلى اتفاق بشان عقد معين تمهيدا لإبرامه في المستقبل " كما استخلصنا من هذا التعريف أن التفاوض هو المرحلة التمهيدية أو الأولية لإبرام العقد وهو ذو نتيجة احتمالية فقد يسفر عن إبرام العقد أو عدم إبرامه كما انه من التصرفات الإرادية فهو لا يتم بمحض الصدفة.

كما توصلنا إلى أن التفاوض هو خطوة إلى الإيجاب وعادة ما يتم عن طريق دعوة يوجهها أحد الطرفين للأخر للدخول في التفاوض أوما يسميها الفقه الإيجاب بالتفاوض فإذا تم قبول هذا الإيجاب ممن وجه إليه قام اتفاق التفاوض الذي ينشئ على عاتق الطرفين التزامات متبادلة على رأسها الالتزام بالتفاوض بحسن نية والاستمرار في التفاوض دون أن يلزمهم بإبرام العقد النهائي.

كما خلصنا بنتيجة هامة و هي أن مرحلة التفاوض يهيمن عليها مبدأ حرية التعاقد وعليه يمكن لطرفي التفاوض العدول عنه في أي وقت أرادوا،فقطع التفاوض لا يعتبر خطأ إلا إذا أقترن بعناصر أخرى توجب قيام المسؤولية المدنية .

ومن خلال تطرقنا لتأصيل الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية الناشئة عن قطع المفاوضات خلصنا إلى أن نظرية ايرنج الخطأ عن تكوين العقد أنها لا تتعلق البتة بالمسؤولية في مرحلة المفاوضات و إنما تتعلق ببطلان العقد الذي ابرم بالفعل ثم اتضح بعد ذلك بطلانه لسبب آت من جانب أحد المتعاقدين.

أما النتيجة الأخرى التي توصلنا إليها أن الفقه و القضاء المعاصرين عادة ما يفرقون بين التفاوض غير المصحوب باتفاق و التفاوض المصحوب باتفاق لتحديد نوع المسؤولية و ترتيب آثارها.

أما النتيجة الأخيرة التي خلصنا إليها انه بمجرد دخول طرفين في مفاوضة لا يصبحان من الغير و يخرجان من دائرة الواجبات العامة و يترتب على دخولهما في التفاوض مجموعة من الالتزامات الخاصة.

أما بخصوص الفصل الثاني فقد تناولنا شروط المسؤولية المدنية الناشئة عن قطع المفاوضات و لعل من أهم شروط قيام هذه المسؤولية هو عنصر الخطأ الذي له خصوصية، خاصة في موضوع دراستنا و يقوم عنصر الخطأ عند الإخلال بالالتزامات التي ترتبها مرحلة المفاوضات على عاتق أطراف التفاوض و أهمها الالتزام الرئيسي والمتمثل في التفاوض بحسن نية و ما يتفرع عنه من التزامات كالالتزام بالاستمرار في التفاوض و الالتزام بالإعلام ثم استخلصنا أن الخطأ قد يكون في حالات خطأ تقصيريا و له صورتان وعموما اشترط القضاء الفرنسي حتى يمكن اعتبار أن قطع التفاوض يمثل خطأ تقصيريا أن يكون العدول عن المفاوضة أو قطعها أو الانسحاب منها بأنه خطا قائم على سوء النية أو نية الإضرار و ليس مجرد خطأ عادي و ذلك لإيجاد توازن بين فكرة الحرية التعاقدية و فكرة التعامل على أساس مقتضيات حسن النية،كما لا حظنا أنه قد يكون الخطأ عقديا فـــي حالة وجود الاتفاقات التمهيدية المنشئة للالتزام بالاستمرار في التفاوض أو المنظمة لمرحلة المفاوضات و قد توصلنا في هذا الشأن أنه في حالة وجود اتفاقات التفاوض تقوم التزامات الأطراف على أساس شبه عقدي أي من خلال التزام من طبيعة مدنية يرتبط بالمفاوضات العقدية و يرتب آثار المسؤولية التقصيرية عند خرقه و عموما تعد هذه الاتفاقات مجرد مرحلة من مراحل التفاوض أين الإرادة التعاقدية تكون في طريقها للتكوين.

أما عن آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن قطع المفاوضات فإننا خلصنا بنتيجة هامة هي أن التنفيذ العيني الجبري مستبعد تماما من مجال التفاوض فلا يجوز إجبار المتفاوض المدين على تنفيذ التزامه بالتفاوض عينا، حتى و لو لم يكن هذا التنفيذ مرهقا أو مستحيلا نظرا لما في هذا الإجبار مساس بحرية المتفاوض الشخصية و لعدم جدوى التفاوض حينئذ و إنما تقتصر مسؤولية هذا المتفاوض على تعويض المتفاوض المتضرر تعويضا نقديا.

و النتيجة الأخرى التي خلصنا إليها هي أن الأضرار التي يعوض عنها في مرحلة التفاوض هي: نفقات التفاوض، ضياع الوقت ،المساس بالسمعة التجارية، تفويت الفرصة عدم تنفيذ العقود التي أبرمت مع الغير استنادا إلى مشروع العقد المتفاوض عليه ،دون أن يشمل التعويض الأضرار الناجمة عن عدم تنفيذ العقد المتفاوض عليه .

و قد انتهينا أخيرا إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على المسؤولية المدنية الناشئة عن قطع المفاوضات خاصة في الحالة التي تكون فيها المفاوضات غير مصحوبة باتفاق التفاوض إذ أن هذا النوع من المفاوضات ليس له حكم واحد في جميع الدول.

أما النتيجة العامة التي خلصنا إليها من خلال دراسة موضوع المسؤولية المدنية في حالة قطع التفاوض ،أنه وفي ظل غياب تشريعات تنظم مرحلة المفاوضات باعتبارها مرحلة ممهدة لإبرام العقد،لاحظنا أن الفقه والقضاء قاما بتحديد إطار المسؤولية في مرحلة المفاوضات وذلك عن طريق تحديد نطاق هذه المسؤولية وشروط قيامها في حالة قطع المفاوضات وأثارها.

وما يلفت انتباهنا هو أنه رغم أن فكرة المسؤولية التقصيرية عن قطع المفاوضات توفر نوعا من الانضباط أثناء مرحلة التفاوض فلا تصبح هذه الأخيرة مجالا للتعسف والعبث إلا أنها لا توفر ضمانا كافيا للمتفاوضين فهي ترتب التزامات سلبية بخلاف الالتزام العقدي الذي يرتب التزامات إيجابية من شأنها دفع عجلة المفاوضات إلى الإمام مما يزيد من فرص نجاح المفاوضات و عليه نقترح ما يلي :

ــ المبادرة إلى قطع المفاوضات دون تأخر متى تبين أن الشروط المطروحة في التعاقد غير مناسبة فكلما تأخر القطع كلما اقترب من دائرة الخطـــأ و المسؤولية، ذلك أن متطلبات حسن النية تزيد تبعا لتزايد الثقة المشروعة لدى الأطراف في قرب إبرام العقد.

ــ يجب على أطراف التفاوض و لتفادي مشكل قطع التفاوض أن يحرصوا منذ البداية على إبرام اتفاق تمهيدي إما لإنشاء التزام بالاستمرار في التفاوض أو تنظيم المفاوضات و خاصة في المفاوضات التي تتم بشأن العقود الهامة و أن يتم ذلك في ورقة مكتوبة و يحددوا ضمن هذا الاتفاق التزامات قانونية محددة كالالتزام بعدم إفشاء المعلومات و هذا من شانه أن يؤدي إلى تجسيد فكرة حسن النية في التفاوض و صياغتها في قوالب قانونية اكثر وضوحا و تحديداً و بيان الواجبات التي تفرضها على عاتق الأطراف.

ـ يجب أن يبين اتفاق التفاوض طريقة و تفاصيل تنفيذه ، كما ينبغي تنظيم نفقات التفاوض و أسلوب توزيعها عندما يفشل التفاوض و هذا حرصا على زيادة فرص نجاح المفاوضات فكلما كان الاتفاق على التفاوض محددا و مفصلا كلما كان الالتزام بالتفاوض الناشئ عنه اكثر قوة و وضوحا.

ـ إذا كان التفاوض ذا طابع دولي وجب أن يحدد في اتفاق التفاوض القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي قد تثور بشأنه نظرا لأن الحلول المتبعة بخصوصه ليست واحدة في جميع الدول.

ـ يجب على الطرفين أن يقوما أثناء التفاوض بصياغة المسائل التي توصلا إلى الاتفاق بشأنها و إفراغها في اتفاقات جزئية قبل مواصلة التفاوض بشأن مسائل أخرى فالاتفاق الجزئي يعني انتهاء التفاوض بالنسبة للمسائل التي تم إفراغها فيه مما يحول دون معاودة التفاوض بشأنها مرة أخرى و هذا ما يؤدي إلى تأمين المفاوضات و دفعها إلى الأمام و يلزم المتفاوضين بالاستمرار في التفاوض حول باقي النقاط.

ـ في حالة ما إذا توصل طرفا التفاوض إلى اتفاق جزئي حول جميع المسائل الجوهرية في العقد و بقيت المسائل التفصيلية دون اتفاق وجب عليهما أن يحددا مدى سلطة القاضي في تكميل هذا الاتفاق حتى يتفاديا انعقاد العقد قبل أن يرضيا به فإذا رغبا في عدم انعقاد العقد إلا بعد الاتفاق على باقي المسائل تعين عليهما أن يضمنا هذا الاتفاق بندا يقضي صراحة بتعليق تمام هذا الاتفاق حتى التوصل إلى اتفاق بشأن المسائل المتبقية.

كما ينبغي في هذا الخصوص استعمال عبارات واضحة و ذات دلالة قاطعة على المعنى المقصود و يحسن الاستعانة في هذا الشان بخبراء متخصصين في القانون.

ـ يجب على كل متفاوض أن يكون مستعدا لاحتمال قطع المفاوضات من قبل المتفاوض الآخر، إذ من المسلم به أن لكل طرف مطلق الحرية في العدول عن المفاوضة و لو في آخر لحظة ما دام أن لهذا العدول ما يبرره ، و لهذا يتعين على أطراف المفاوضة عدم التسرع في اتخاذ أية إجراءات كإبرام عقود مع الغير أثناء التفاوض استعداد لتنفيذ العقد النهائي .

ـ نتمنى أن يولي الفقه لموضوع المسؤولية في حالة قطع المفاوضات الاهتمام الذي يستحقه و أن يخصص له مساحة كافية عند دراسة نظرية العقد و خصوصا و أن التفاوض اصبح ضرورة اقتصادية و اجتماعية و حتى نفسية و أن يتخلى عن ذلك الاعتقاد التقليدي بان التفاوض هو مجرد عمل مادي غير ملزم و هو ما من شأنه أن ينفر الأشخاص من التفاوض خوفا من ضياع حقهم ووقتهم و مالهم في مفاوضات لا أمن فيها.

ـ ضرورة أن يهتم المشرعين بمرحلة التفاوض باعتبارها مرحلة تسبق إبرام العقد لاسيما منها العقود المهمة (ذات التعقيد الفني والمالي والقانوني .....الخ)، كما نقترح أن توحد الحلول القانونية بشأن تنظيم مرحلة التفاوض وذلك لأنها غالبا ما تنصب على العقود ذات الطابع الدولي، وهذا لتحقيق الاستقرار والازدهار بالأخص في مجال التجارة الدولية.

قـــائـــمـــة الـــمـــراجـــع

أولا: المراجع باللغة العربية:

أ ــ الكــتــب:

ــ ابراهيم الدسوقي أبو الليل ، **العقد غير اللازم، (دراسة مقارنة معمقة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية)**، جامعة الكويت، 1994.

ــ أعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع القوانين)**، ج1، دار هومة، الجزائر، 2005.

ــ بلحاج العربي، **النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري**، ج2، الواقعة القانونية (الفعل غير المشروع ــ الإثراء بلا سبب والقانون)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.

ــ جاك غستان، **المطول في القانون المدني، تكوين العقد**، ترجمة، منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان ،2000.

ــ حسام الدين كامل الأهواني، **النظرية العامة للالتزام**، ج1،(المصادر الإرادية للالتزام)، ط3،(د.ن) ،القاهرة، 2000.

ــ حسام الدين عبد الغني الصغير، **تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع**، دار النهضة العربية، القاهرة،2001.

ــ حسين بن سليمة، **حسن النية في تنفيذ العقود**، (حسب أحكام الفصل 243 من المجلة المدنية التونسية)، تعريب محمد بن سالم، المطابع الموحدة، تونس، 1993.

ــ رجــب كريم عبد اللاه، **التفاوض على العقد**، (دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة ،2000.

ــ صالح.ص.خالص، **في الإعلام التجاري والمفاوضات التجارية الدولية**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.

ــ عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام – مصادر الإلتزام** ،ج1،دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1952.

ــ عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني ، (العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة)**،ج4، دار إحياء التراث العربي، لبنان،(د.ت).

- على على سليمان، **دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري**، (المسؤولية عـن فعل الـغير- المسؤولية عن فعل الأشياء- التعويض)، ط3 ،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1989.
- على على سليمان، **مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري**، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1991.
- عبد الحكم فودة، **الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية**، (دراسة تحليلية عملية على ضوء الفقه وقضاء النقض)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1996.
- عز الدين الديناصوري وعبد الحميد الشورابي، **المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء**، ط7، شركة الجلال للطباعة، الإسكندرية، 2002.
- عبد الحليم عبد اللطيف القوني، مبدأ **حسن النية وأثره في التصرفات، في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري و الفرنسي**، (دراسة مقارنة)، القاهرة، 1997.
- فيصل زكي عبد الواحد، **المسؤولية في إطار الأسرة العقدية**، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، 1992/1991.
- محمد صبري السعدي، **شرح القانون المدني الجزائري**، ج1، (مصادر الالتزام، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة)، الطبعة الأولى، دارالهدى، عين مليلة، 1993/1992.
- محمد سعيد جعفور، **نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي**، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2003.
- مـحمـود جـلال حمـزة، **الـعمل الغير المشروع باعتباره مصدرا للالتزام**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985.
- مـصطفى الـجمال، **أحكام الالتزام**، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2000.
- مـعاشو عمار، **النظام القانوني لعقود المفتاح باليد في الجزائر**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.
- محمود سمير الشرقاوي، **العقود التجارية**،(دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
- محمد شوقي شاهين، **المشروع المشترك التعاقدي، طبيعته، أحكامه، في القانون المصري المقارن**، (د.ن)، القاهرة، 2000.

ـ محمد على جواد، **العقود الدولية، مفاوضاتها، إبرامها، تنفيذها**، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997.

ـ مصطفى محمد الجمال، **السعي إلى التعاقد في القانون المقارن**، منشورات الحلبي، لبنان، 2001.

ـ محمد إبراهيم دسوقي، **الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود**، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، 1995.

ـ محمد حسام محمود لطفي ، **المسئولية المدنية في مرحلة التفاوض**،(دراسة في القانونين المصري والفرنسي)، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 1995.

ـ محمد حــسين عبد العال، **التنظيم لاتفاقي للمفاوضات العقدية**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.

ـ نادية فوضيل، **تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني**، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.

ـ نعيم مغبغب، **قانون الأعمال** ،(دارسة في القانون المقارن)، مكتبة الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.

ـ نزيه محمد الصادق المهدي، **الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود**، (دارسة فقهية قضائية مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.

ـ نصيرة بوجمعة سعدي، **عقود نقل التكنولوجيا في المجال التبادل الدولي**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.

ب ـ الرسائــــــــل

ـ أسماء الشباب، التفاوض في تكوين العقد، رسالة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في القانون " شعبة عقود واستثمارات" كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونسIII، غير منشورة، تونس، 1998/1997.

ـ فاطمة نساخ، مفهوم الإذعان، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية، غير منشورة، معهد الحقوق والعلوم الإدارية– بن عكنون، الجزائر، 1998/1997.

ـ محمد الصغير الجليبي، المسؤولية قبل تعاقدية، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في العقود والاستثمارات، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونسIII ، غير منشورة، تونس ،1996/1997.

ج ـ الـمـقـالات :

ـ أحمد عبد الرحمن الملحم، نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها،(دراسة تحليلية مقارنة في الفقه والقضاء الأنجلو أمريكي مع الإشارة إلى الوضع في الكويت)،مجلة الحقوق الكويتية، السنة16، عدد 2-1، مارس، يونيو 1992، جامعة الكويت، ص241 .

ـ إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، تعويض تفويت الفرصة، القسم الأول، مجلة الحقوق الكويتية، السنة10، العدد 2، جويلية 1986، ص81.

ـ إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، تعويض تفويت الفرصة ، القسم الثاني ، مجلة الحقوق الكويتية، السنة10 ، العدد 3، سبتمبر 1986 ،ص145 .

ـ جمال فاخر النكاس، العقود الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد و الاتفاق في المرحلـة السابقـة على العقد، مجلة الحقـوق الكويتية، السنة 20 ،العدد1، مارس 1996، ص133.

ـ محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية في المرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق الكويتية السنة 22، العدد2، جويلية 1998، ص727.

د ـ المجلات القضائية:

ـ المجلة القضائية ،العدد 2 و3، لسنة 1990.

ـ المجلة القضائية،العدد2، لسنة 1992.

ـ المجلة القضائية،العدد1، لسنة 1993.

ـ المجلة القضائية،العدد1، لسنة 1996.

هـ ـ مـراجع أخـرى :

ـ جيرارد إ.نيرنبج. أسس التفاوض، ترجمة حازم عبد الرحمن، المكتبة الأكاديمية، القاهرة، 1998.

ــ محمد خليل الخطيب، خطب الرسول (ص)،(574 خطبة من كنوز الدرر و جوامع الكلم)، دار الفضيلة، القاهرة، 1993.
ــ نادر أبو شيخة، أصول التفاوض، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، عمان، 1997.

ثانيا : المراجع باللغة الفرنسية :

أ ــ الكــتــب: A – Les Ouvrages :

- C.LARROUMET, Droit civil, t3, les obligations,3ed, Economica, Paris, 1996.
- F.TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, Droit civil, les obligations, 8e ed, Dalloz , Paris, 2002.
- J. GHESTIN, Traite de droit civil, la formation du contrat, 3e ed, L.G.D.J, Paris,1993.
- P. GUIHO.G.,PEYARD, Droit civil, 4. les obligations, t1, les sources, 3e ed ,l'hermes, Lyon,1991.

ب ــ الرسائل: B- Les Thèses :

- A .COHERIER, Des obligations naissant des pourparlers préalables a la formation des contrats, thèses pour le doctorat en droit , imprimerie les presses modernes, université de Paris, 1939.
- A .BETTAIEB , La sanction de la faute pré contractuelle , mémoire DEA en droit des affaires université de droit d'économique et gestion Tunis III,non publié ,Tunis, 1996/1997.

ج ــ المقالات: C – Les Articles :

- A .LAUDE, Le constat judiciaire des pourparlers, RTD. Com.1998, p551 .
- B.BEIGNIER, La conduite des négociation, RTD.com..1998,p 463.
- C.PAULIN , Promesse et préférence, RTD. Com.1998 , p 511 .
- J-L.BERGEL, Contrat préliminaire de réservation dans les ventes d'immeubles a construire unité ou dualisme ? , JC P ,1974 ,I , 2669
- J.M. MOUSSERON, La durée dans la formation des contrats , in Melanges Jauffret , L.G.D.J , Paris , 1974, p509 .
- J. CEDRAS , L'obligation de négocier, RTD. Com .1985, p 265 .
- J.ROJOT, La gestion de la négociation , RTD .Com .1998,p447.
- J.SCHMIDT-SZALEWSKI, La force obligatoire a l'épreuve des avant contrat, RTD. Civ. 2000. p25 .
- L.BOYER, Contrats et Conventions, Encyclopédie, civil, Dolloz, n° 5, 1998, p 13 .

- L. ROZES, Projets et Accords de principe , RTD. Com.1998, p 501 .
- P.MOUSSERON, L’avant contrat , J .C. P .1999, ed , juris- classeur, n° 04 , p 2 .
- Ph.. LE TOURNEAU , La rupture des négociations , RTD.Com. 1998 , p 479.
- P.Y. GAUTIER, Les aspects internationaux de la négociation , RTD .Com, 1998 p 493 .
- X.BIRBES, L’objet de négociation , RTD .Com.1998, p 471 .

D - Divers : **د ـ مراجع أخرى :**

1- Ouvrages.

- B.MISSENARD, La négociation , le guide du gestionnaire ,ed, Chihab, Alger, 1995 .

2- Articles.

- G. NICAUD, En 1960 , L’ ONU rangeait l’Algérie parmi les pays riches , le Figaro, 20/03/2002.

ثالثا : النصوص القانونية :

أ ـ القوانين :

- القانون رقم:90-11 المؤرخ في 21 أفريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل (الجريدة الرسمية العدد 1990/17).
- القانون رقم : 02-01 المؤرخ في 5 فبراير سنة 2002 ، المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات (الجريدة الرسمية العدد 2002/08).
- القانون رقم : 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية (الجريدة الرسمية العدد 2004/41).

ب ـ الأوامـــر:

- الأمر رقم : 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 19975 يتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم(الجريدة رسمية العدد 1975/58).
- الأمر رقم : 07/95 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلــق بـــالــتأمينات (الجريدة الرسمية العدد 1995/13).

ج ــ المراسيـــــــم :

ــ المرسوم الرئاسي رقم: 02-57 المؤرخ في5 فبراير 2002 يتضمن التصديق على الاتفـــــاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الولايات المتحدة الأمريكية حول تنمية العلاقـــات التجـــارية الاستثمـــار الموقـــع بواشنطن في 13/ يوليو 2001. (الجريدة الرسمية عدد 2002/10).

ــ المرسوم الرئاسي رقم : 02-250 المؤرخ في 24 يوليو 2002 ، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم (الجريدة الرسمية عدد 2002/52).

— Décret présidentiel n° 05-159 du 27 Avril 2005 portant ratification de l'accord euroméditerranéen établissant une association entre la république algérienne démocratique et populaire d'une part et la communauté européenne et ses états membres d'autre part, signé à Valence le 22 avril 2002, ainsi que ses annexes 1 à 6, les protocoles n° s 1 à 7 et l'acte final y afférents. (Journal officiel n° 31 / 2005)

رابعا: مـــــواقع الإنترنت : **Sites Internet :**

أ - الرسائل :

- P.COLOMBANI, la protection de l'idée a valeur économique (1er partie B), mémoire soutenu a la faculté de Lille II, ?, publie le 24 novembre 2003, http// :www.avocats.publishing.com

ب ــ المـــــقالات :

ــ صابر محمد عمار، المفاوضة في عقود التجارة الإلكترونية، http//:www.mohamoon.com/.2002

- D.GOBERT, Le principe de la bonne foi dans la formation du contrat, htt// :www.drot.fundp.ac.Texetes/contrat dit 96.PDF.
- M.D'HAULTFOEUILLE et F.ZAUDERER , Contrats informatique la ruptures des pourparlers, 26 juin 2004 http//:www. journeldunet.com.
- O.ITEANU, La rupture abusive de pourparlers portant sur la technologie, 12 septembre 2001,http// :www.journaldunet.com .

جامعة قاصدي مرباح ورقلة
الطالب: دمانة محمد
إشراف: د. رزق الله العربي بن مهيدي
د. زوينة عبد الرزاق رئيسا
د. الزين عزري عضوا
أ. مخلوفي محمد عضوا
كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية
قسم الحقوق
فرع الماجستير
تخصص قانون خاص
نوقشت يوم: 2006/06/18

عنوان المذكرة

دفع مسؤولية الناقل البحري للبضائع في القانون البحري الجزائري

الملخص

I- باللغة العربية:

موضوع البحث حول دفع مسؤولية الناقل البحري للبضائع في القانون البحري الجزائري تناولنا فيه حالات إعفاء الناقل البحري من المسؤلية والتي تخص السفينة والملاحة البحرية وخطأ الغير وعماد البضاعة والحوادث الاستثنائية (المادة 803 ق ب ج)

وتناولنا تحديد المسؤولية، تعرضنا إلى الحق في التحديد القانون من عدمه ثم درسنا مدى صحة الشروط الاتفاقية ثم الاستثناءات وأخيرا المستفيدون من التحديد وطبيعته القانونية وتوصلنا أن التزام الناقل البحري للبضائع هو التزام بتحقيق نتيجة.

II- En française:

L'exposé parle de la dispensation du transporteur marin de la marchandise dans le code algérien marin.

- Nous avons parlé dans l'exposé des cas où le transporteur marin se dispense de la responsabilité qui concerne la navire, la navigation marine, les fautes des autres, les défauts de marchandise et les accidents exceptionnelles (Article 803 de C.M.A).
- Nous avons aussi abordé le sujet de détermination de responsabilité lequel est la deuxième dispensation.
- Nous avons parlé de droit de détermination légale (les cas où il se fait et il ne se fait pas). Puis nous étudions jusqu'à quoi les conditions de conventions sont correctes.

Nous étudions après les exceptions mises sur la détermination légale pour conclure par citer les bénéficiaires de la détermination et sa nature légale.

- Les mots clé : repoussoir, responsabilité, Limitation de responsabilité, Transporteur Maritime, Marchandise, réforme, Le marin marinier, Bénéficiaire.

III- In English:

This research talks about exempting the responsibility of the cargo's Marin transporter.

- We had in the research exempting the Marin transporter from the responsibility that concern the ship, the marin navigation, the other's mistakes, the cargo's imperfection and the exceptional accidents (Article 803 from the A.M.C).
- We also had the determination of responsibility, which is the second exemption.
- We talked about the right of having the right of legal determination or not then we study how correct are the conditions of the convention. Next we study the put exceptions on the legal determination to conclude by citing whom have the right of determination and its legal nature.

- key words: push, responsibility, responsibility limitation, nautical carrier, merchandise, dispensation, nautical navigation, beneficiary.

حرر في: 2006/06/28

إمضاء الطالب: دمانة محمد